

Finansinstitusjoners opplysnings- og frarådningsplikt overfor kausjonister etter finansavtaleloven



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 622
Leveringsfrist: 25. April 2012

Til sammen 17 279 ord

24.04.2012

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema	1
1.2	Avgrensninger	2
1.3	Temaets bakgrunn	2
1.4	Den videre fremstillingen	4
<u>2</u>	<u>RETTSKILDER</u>	<u>5</u>
<u>3</u>	<u>KAUSJONSBEGREPET</u>	<u>7</u>
3.1	Innledning	7
3.2	Innholdet i kausjonsbegrepet	8
3.3	Kausjonsavtalens funksjoner	10
<u>4</u>	<u>FINANSAVTALELOVENS PRESEPTORISKE OG PERSONELLE VIRKEOMRÅDE, SAMT LOVENS FORMKRAV VED KAUSJONSSTILLELSE</u>	<u>12</u>
4.1	Innledning	12
4.2	Preseptorisk i forbrukerforhold	12
4.3	Betegnelsen forbruker	14
4.4	Betegnelsen finansinstitusjon	16
4.5	Skriftlighet	17

<u>5</u>	<u>OPPLYSNINGSPLIKTEN ETTER FINANSAVTALELOVEN § 59</u>	<u>20</u>
5.1	Innledning	20
5.2	Den alminnelige risiko, litra a	21
5.3	Kausjonsansvarets omfang, litra b og c	22
5.3.1	Omfaget og tidsrommet, litra b	22
5.3.2	Rekkevidden, litra c	24
5.4	Sidesikkerhet, litra d – f	28
5.4.1	Stilt pant og garantier, eller forutsetning om dette, litra d	28
5.4.2	Gjeldsforsikring, litra e	31
5.4.3	Verdien av pant eller annen sikkerhet som utnyttes før kausjonsansvaret, litra f	33
5.5	Eldre gjeld, litra g	35
5.6	Andre forhold, litra h	36
5.7	Kredittavtalen skal gjøres tilgjengelig for kausjonisten, § 59 annet ledd	37
5.8	Rettsvirkningene av brudd på opplysningsplikten i § 59	38
5.8.1	Innledning	38
5.8.2	Gyldighetsbetingelse, § 61 (1) (§ 59 (1) c)	39
5.8.3	Avtalevilkår, litra b, c og § 61 (3)	40
5.8.4	Andre opplysninger, litra a, d, e, f, g, h og § 61 (2)	41
5.8.5	Kausalitetskravet	46
5.8.6	Kausjonistens undersøkelsesplikt	47
5.8.7	Bevisbyrde	48
<u>6</u>	<u>FRARÅDNINGSPLIKTEN ETTER FINANSAVTALELOVEN § 60</u>	<u>49</u>
6.1	Innledning	49
6.2	Låntakers forhold, første ledd	50
6.3	Kausjonistens forhold, annet ledd	53

6.4	Rettsvirkningene av brudd på frarådningsplikten i § 60	59
6.4.1	Innledning	59
6.4.2	Rettsvirkningene av brudd på første ledd	60
6.4.3	Rettsvirkningene av brudd på annet ledd	63
6.4.4	Kausalitetskravet	65
6.4.5	Bevisbyrde	65

<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>66</u>
-------------------------------	------------------

Litteratur	66
Artikler	66
Forarbeider	67
Annet	67

1 Innledning

1.1 Tema

Denne avhandlingen tar for seg finansavtalelovens særlige regler som gjelder ved stiftelse av garantier gitt gjennom kausjon, herunder de skriftlige opplysnings- og frarådningsplikter som påligger finansinstitusjoner og lignende institusjoner overfor kausjonist.

Både opplysningsplikten og frarådningsplikten er regulert i Lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven) 25.juni 1999 nr.46. Lovens kapittel 4 regulerer kausjonsavtaler, og det er §§ 59 og 60 som omhandler de aktuelle pliktene.

Pliktene gjelder på tidspunktet før bindende avtale om kausjon er kommet i stand. Reglene om opplysnings- og frarådningsplikt har således et forebyggende formål, som hovedsakelig tar sikte på å forhindre at den potensielle kausjonist påtar seg forpliktelser han ikke makter å bære, ved en eventuell realisasjon av kausjonsansvaret. Finansavtaleloven bygger på en lojalitetstankegang og forbrukerhensyn. Lovreguleringen skaper forutberegnelighet for både kausjonisten så vel som institusjonen.¹

¹ Ot.prp.nr.41 s.69

1.2 Avgrensninger

Finansavtalelovens virkeområdet gjelder kausjonsavtaler inngått mellom forbruker eller næringsdrivende overfor en finansinstitusjon, jfr. § 1 første ledd. Se punkt 4.3 og 4.4 i avhandlingen. Blir kausjonsavtale inngått av forbruker ved hjelp av meglerforetak, gjelder loven også for disse, jfr. § 57 første ledd annet punktum. Finansinstitusjonen må være kreditor etter fordringen, jfr. § 57 første ledd. Er kredittgiver kommune eller fylkeskommune, kommer loven tilsvarende til anvendelse, jfr. § 57 første ledd. Når begge partene i kausjonsavtalen er finansinstitusjoner og opptre i denne egenskap, faller disse tilfellene utenfor loven, jfr. § 1 tredje ledd. Institusjonsgarantier og bankgarantier blir således ikke omfattet av finansavtalelovens anvendelsesområde og vil heller ikke bli omhandlet i avhandlingen. Likeledes faller statsgarantier utenfor avhandlingens tema.

For at finansavtaleloven kapittel 4 skal komme til anvendelse, må hovedfordringen bestå av kreditt, jfr. § 57 første ledd første punktum. De tilfeller der hovedfordringen består av noe annet, vil derfor ikke bli gjort rede for i det følgende.

1.3 Temaets bakgrunn

Ved finansavtalelovens ikrafttredelse er kredittgiver pålagt et omfattende ansvar for å opplyse, og i visse tilfeller også å fraråde, potensielle kausjonister i forbindelse med en eventuell kausjonsinngåelse. Pliktene bygger på en lojalitetstankegang som ble tilkjennegitt av Høyesterett på 1980-tallet, jfr. Rt-1984-28 og Rt-1988-1078. Høyesterett ga et viktig signal om at lojalitetstankegangen var sentral ved kausjonsstilling og satte standarden for den senere rettsutvikling. Lojalitetstankegangen brøt med eldre kausjonsrett som i det vesentlige innebar at kausjonisten måtte klare seg selv, ved at han måtte bære ansvaret for sine egne forutsetninger. Etter gjeldende rett er kausjonisten fortsatt pålagt en viss aktivitetsplikt til selv å bedømme sin egen betalingsevne, samt å foreta nødvendige undersøkelser ved kausjonsstilling, men dette kommer nå i tillegg til de utførlige pliktene

som institusjonen er pålagt etter finansavtaleloven. Reglene representerer således en risikofordeling mellom de kontraherende parter, og tar sikte på å styrke kausjonistens stilling som normalt representerer den svake part.

Lojalitetstankegangen kommer også til uttrykk gjennom avtalelovens alminnelige regler som bygger på lojalitets- og rimelighetsbetraktninger, jfr. avtaleloven² §§ 33 og 36. Da kausjonsforpliktelser bygger på avtalerettslig grunnlag mellom partene, kommer de alminnelige reglene til anvendelse for kausjonsavtaler. Særlig før finansavtaleloven trådte i kraft, var disse bestemmelsene sentrale ved spørsmål om lemping. Bankklagenemnda har ved visse anledninger underkjent kausjonsavtaler på grunnlag av avtaleloven § 36, der etterfølgende omstendigheter har medført at avtalen vil virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk om den blir gjort gjeldende. Det vises her til avgjørelsene i BKN-2009-167 og BKN-2004-66 som blir redegjort for under henholdsvis punkt 5.2 og 6.3 i avhandlingen. Ved avgjørelsen i BKN-2002-4 legges det til grunn at den lojalitetstankegang som finansavtaleloven bygger på er en videreføring av avtaleloven § 36. Etter de utførlige reglene som finansavtaleloven nå oppstiller, har § 36 betydning som et nødanker der andre bestemmelser ikke vil være egnet til å løse spørsmålet og man likevel finner at kausjonsansvaret bør lempes.³

I tillegg til at kausjonisten ofte representerer den svake part, er lojalitetstankegangen sentral på grunn av det særlige tilknytningsforholdet mellom kausjonist og hoveddebitor. Kausjonsforpliktelser inngås i ulike sammenhenger. Typisk for kausjonsstillelse, er der foreldre stiller sikkerhet for sine ”barn”, eller kausjonisten ønsker å hjelpe andre nærstående, for eksempel ektefelle, samboer eller venner, hva enten det gjelder sikkerhet for kredittopptak til private formål eller kreditt opptatt til finansiering av næringsvirksomhet. Relasjonen mellom kausjonisten og hans nærstående kan i løpet av

² Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer 31.mai 1918 nr.4

³ Hagstrøm, *Kausjonsretten i forandring* s.49

kausjonens levetid forandre seg drastisk, andre ganger kan kausjonisten føle seg sosialt forpliktet til å garantere, eller det kan tenkes at kausjonisten kun har for øye å hjelpe den nærstående med å muliggjøre kredittopptak, slik at garantiforpliktelsen i seg selv ikke videre blir reflektert over. Dette tilknytningsforholdet gjør det særlig viktig med klare regler i forbindelse med kausjonsinngåelse. Lovens forarbeider viser til en tendens der man tidligere nærmest ukritisk påtok seg forpliktelser for andres gjeld, da det på avtaletidspunktet kunne fremstå som fjernt eller usannsynlig at et fremtidig mislighold i hovedforholdet ville inntreffe.⁴ Opplysnings- og frarådningspliktene tar sikte på å bevisstgjøre kausjonist på den risiko et kausjonsansvar innebærer dersom den gjøres gjeldende.

1.4 Den videre fremstillingen

Avhandlingens kapittel 2 innebærer en kort redegjørelse for de rettskildene som gjelder for kausjonsforpliktelser. Derneft vil innholdet av kausjonsbegrepet bli klarlagt i kapittel 3. Kapittel 4 inneholder en redegjørelse for lovens preseptoriske anvendelsesområde, det personelle virkeområdet, samt skriftlighetskravet som gjelder for både opplysningsplikten så vel som for frarådningsplikten. Dette kapittelet omhandler således fellesregler for både §§ 59 og 60. Avhandlingen har to hoveddeler. Kapittel 5 inneholder en redegjørelse for opplysningsplikten etter § 59. I kapittel 6 gjennomgås avhandlingens andre hoveddel om frarådningsplikten etter § 60. Under disse kapitlene vil også rettsvirkningen av brudd bli omtalt.

⁴ NOU 1994:19 s.176

2 Rettskilder

Kausjonsretten er en del av obligasjonsretten. Gjennom avtale stiftes kausjonsforpliktelsen, slik at de alminnelige avtalerettslige regler kommer supplerende inn. Den spesielle formen for avtale som kausjonsavtalen representerer, er nå særskilt regulert i finansavtaleloven. Den primære rettskilden for kausjonsrettslige spørsmål er således finansavtaleloven og de tilhørende forarbeider: Banklovkommisjonens utredning i NOU 1994: 19 Finansavtaler og finansoppdrag, Justisdepartementets behandling i Ot.prp.nr.41 (1998-1999) Lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven) og Stortingets behandling av lovforslaget i Innst.O.nr.84 (1998-1999) Innstilling fra justiskomiteen om lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven). Senere er det foretatt endringer gjennom Prop.65 L (2009-2010) Endringer i finansavtaleloven mv. (gjennomføring av direktiv 2008/48/EF om kredittavtaler for forbrukere mv.).

Det er få rettskilder utenom forarbeidene. Juridisk litteratur finnes få steder i form av artikler eller i litteratur som i hovedsak tar for seg andre rettsområder.

Rettspraksis på området er også beskjedent. De fleste saker om kausjon kommer ikke opp for ordinære domstoler, men tas opp i tvisteløsningsorganet i Finansklagenemnda (FINKN), tidligere kalt Bankklagenemnda (BKN). Det store antallet av saker som blir avgjort i Finansklagenemnda gir derfor et bredere bilde av de rettslige spørsmål som oppstår i kausjonsretten. Finansklagenemnda behandler imidlertid kun saker mellom forbrukerkausjonister og finansforetak.⁵ Spørsmålet er hvilken rettskildemessige vekt nemndsavgjørelser har. Det er klart at avgjørelser avsagt av Finansklagenemnda ikke kan ha samme rettsskapende funksjon som avgjørelser avsagt av Høyesterett. Til tross for dette,

⁵ Saksbehandlingsregler for Finansklagenemnda s.1

må legges til grunn at nemndas avgjørelse har en viss rettskildemessig betydning. Det legges her vekt på den spisskompetanse nemnda representerer på bankrettens område, og at de avgjørelser som treffes i stor utstrekning blir respektert og etterfulgt av partene. Dette gir avgjørelsene en viss autoritet.⁶

⁶ Hagstrøm, *Kausjonsretten i forandring* s.50

3 Kausjonsbegrepet

3.1 Innledning

Finansavtaleloven oppstiller ingen legaldefinisjon av kausjonsbegrepet.

Utgangspunktet er at en kausjonsavtale forutsetter et uttrykkelig tilsagn overfor kreditor om at han vil stå inne for debtors forpliktelse. Dette gjelder imidlertid ikke unntaksfritt. Selv om ikke ordet kausjon eller garanti blir anvendt, kan det av omstendighetene følge et ansvar som forplikter medkontrahenten til et kausjonsansvar dersom forpliktelsen ikke med rimelighet kan forstås på annen måte. Tilsagnet overfor kreditor må etter sitt innhold og form være så ubetinget at det er grunn til å oppfatte forpliktelsen som et endelig løfte.⁷ Kausjon kan komme i stand både ved tosidig kausjonsavtale eller ved en ensidig bindende disposisjon. Det avgjørende er om avtalen har karakter av å være kausjon.⁸

Av eldre rett var det garantiens utforming som var avgjørende for hvorvidt man sto overfor en kausjonsforpliktelse eller en annen form for garanti. Garantitilsagnets innhold ble således gjenstand for tolkning, og på bakgrunnen av tolkningsvurderingen kunne man fastsette dens nærmere innhold. I dag er det bankpraksis for at kausjonsavtaler inngås på standarddokumenter, i alle fall for forbrukerkausjonister. Her kan det blant annet nevnes avgjørelsen i BKN-2009-167 der nemnda poengterer at banken rutinemessig bør besørge at kausjon stiftes gjennom standardskjemaer. Avgjørelsen nevnes under punkt 5.2 i avhandlingen. Kausjonsavtaler skal i alle fall inngås i skriftlig form, jfr. § 61 første ledd. Se

⁷ Hagstrøm, *Obligasjonsrett* s.786

⁸ NOU 1994:19 s.174

punkt 4.5 i avhandlingen. Tolkingslæren har dermed ikke den samme betydning i dag, og det foreligger sjeldent tvil om hvorvidt man har forpliktet seg til en kausjon. Institusjonens opplysnings- og frarådningsplikter er også med på å skape klarhet rundt kausjonsforpliktelsen.

3.2 Innholdet i kausjonsbegrepet

En garanti i form av kausjon innebærer det særegne at garantisten påtar seg ansvar for *en annens* gjeldsforpliktelse. Kausjonsavtaler kan også omhandles som *tredjemannsgarantier* eller *kummulative intercesjoner*. Kausjonisten er ikke selv en skyldner; han påtar seg et medansvar sammen med debitor (hoveddebitor) for fordringen i hovedforholdet. Partene i hovedforholdet er mellom debitor på den ene siden og kreditor på den andre siden, mens kausjonsforpliktelsen bygger på avtale mellom kausjonist og kreditor. Selv om kausjonen er en betingelse for at hovedfordringen skal ytes, utgjør de to separate kontraktsforhold.

Avgjørelsen i BKN-2008-73 er et eksempel på dette. Kausjonisten hadde ved salg av sine aksjer i selskapet innført følgende klausul: ”Ny eier frigjør pantet til A og overtar alle banklån tilhørende foretaket”.

Kausjonisten anførte på dette grunnlag at han ikke lenge var ansvarlig etter kausjonsavtalen, da medaksjonæren nå hadde overtatt forpliktelsen. Bankklagenemnda forkaster anførselen: ”...klager [kan ikke] høres med at han med denne avtalen, som gjelder mellom aksjonærene, gyldig har sagt opp sine forpliktelser med virkning overfor banken, uansett om en kopi av avtalen skal ha blitt levert i banken. Det er heller ikke holdepunkter i saken for at banken eventuelt skulle ha akseptert at klager ble frafalt som kausjonist.”

At kredittavtalen i hovedforholdet holdes adskilt fra kausjonsavtalen, kommer til uttrykk gjennom regelen i finansavtaleloven § 65 som fastslår at det ikke vil få betydning for kausjonsavtalen om hovedavtalen er endret til skade for kausjonisten, jfr. tredje ledd første punktum. Skal endringen få innvirkning på kausjonsavtalen, forutsettes det samtykke fra kausjonistens side.

En kausjon er en betinget fordring. Betingelsen for at kausjonsansvaret kan gjøres gjeldende, er at hoveddebitor misligholder den garanterte fordring. Oppfyller hoveddebitor sitt betalingsansvar i samsvar med avtalen i hovedforholdet, faller kausjonsansvaret bort i

samme utstrekning, jfr. finansavtaleloven § 67 første ledd. De færreste kausjonene kommer så langt som til dekningsstadiet. Dette følger av kausjonens aksessoriske karakter.

Ansvarsformen kausjonsforpliktelsen medfører, er et solidaransvar mellom hoveddebitor og kausjonist. Kausjonisten forplikter seg til hovedfordringen sammen med skyldneren. Dog kan ikke kausjonisten kreves for oppfyllelse før kreditor har tatt rettslige skritt mot hoveddebitor, jfr. finansavtaleloven § 71. Kausjonisten har etter denne bestemmelsen et *beneficium ordinis*, nemlig at dekningen må skje i denne bestemte rekkefølge. Kausjonistens solidaransvar er således av subsidiær karakter.⁹

Det er vanlig å skille mellom selvskyldnerkausjoner og simple kausjoner. Forskjellen mellom disse går på når betingelsene for å gjøre kausjonsansvaret gjeldende inntreffer. Selvskyldnerkausjonistens ansvar inntreffer allerede ved hoveddebitors mislighold på forfallsdagen, uten at fordringen er forsøkt inndrevet av kreditor. Ansvaret omfatter således både hoveddebitors betalingsevne og betalingsvilje. Den simple kausjonist må først stå til ansvar etter at kreditor har uttømt alle dekningsmuligheter overfor kreditor, jfr. § 71. Bestemmelsen avskjærer privatkausjonister fra å stille selvskyldnerkausjoner overfor institusjon, jfr. § 2, jfr. § 57 tredje ledd hvor denne regelen er preseptorisk i forbrukerforhold. For andre enn forbrukere er selvskyldneransvaret fortsatt aktuelt.¹⁰

Virkningen av at kausjonsforpliktelsen gjøres gjeldene, er at institusjonen kan kreve dekning i kausjonistens alminnelig formueskompleks. Har kausjonisten derimot stilt realsikkerhet, er det kun det sikrede formuesobjektet som skal realiseres ved et potensielt ansvar. Realkausjon er pant for fremmed gjeld, også omtalt som tredjemannspant. Finansavtaleloven kapitel 4 om kausjon gjelder tilsvarende for realkausjon, jfr. § 57 annet ledd.

Som nevnt over er det i dag praksis for at kausjon inngås på et eget standarddokument som er utarbeidet særskilt for denne typen forpliktelse. Det kan imidlertid også inngås kausjon ved påtegning på gjeldsbrev. Når en kausjon er påtegnet skyldnerens omsetningsgjeldsbrev,

⁹ NOU 1994:19 s.192

¹⁰ Bergsåker s.121-125

gjelder negotiabilitetsreglene i gjeldsbrevloven tilsvarende for kausjonsforpliktelsen.¹¹ Kausjonistens ansvar samt innsigelsesadgang overfor cesjonar er således underkastet de samme regler som gjelder overfor hoveddebitor etter negotiabilitetsreglene, jfr. gjeldsbrevloven¹² kapittel 2. Det er en forutsetning at kausjonen er påtegnet gjeldsbrevsdocumentet. Kommer kausjonsansvaret til uttrykk gjennom et separat dokument, får ikke gjeldsbrevlovens regler betydning for ham.¹³

3.3 Kausjonsavtalens funksjoner

En kausjonsavtale kjennetegnes ved dens tre funksjoner.

Den primære funksjonen er *sikringsfunksjonen*. Kausjonen blir inngått i den hensikt å sikre kreditor mot tap i tilfelle hoveddebitor misligholder. Kreditor får gjennom kausjonen en større sikkerhet for oppfyllelse av den utestående fordring.¹⁴

Den andre funksjonen en kausjonsavtale har, er *likviditetsfunksjonen*. Likviditetsfunksjonen er en sidevirkning av kausjonsstillelsen og medfører at hovedfordringen blir mer likvid. Sikkerheten medfører m.a.o at hovedfordringen blir lettere omsettelig.¹⁵

Kredittfunksjonen er den tredje og siste funksjon som kausjonen representerer. Når kredittgiver stiller som forutsetning for kredittytelsen at kausjon stiftes, er kausjonen kredittskapende i forholdet mellom hoveddebitor og kausjonist. Kausjonen muliggjør at

¹¹ Bergsåker s.125

¹² Lov om gjeldsbrev 17.feb 1939 nr.1

¹³ Bergsåker s.225-226

¹⁴ Smith s.56

¹⁵ Smith s.56 og 57

hoveddebitor i det hele tatt får innvilget kreditten. Kausjonsavtalen kan også medføre at kreditt blir stilt på bedre vilkår enn det som hadde vært tilfelle om hoveddebitor sto alene.¹⁶

¹⁶ Smith s.57

4 Finansavtalelovens preseptoriske og personelle virkeområde, samt lovens formkrav ved kausjonsstillelse

4.1 Innledning

Som det ble redegjort for over, er partene i kausjonsforholdet mellom kausjonist og kreditor. Spørsmålet her er hvem som kan være kausjonist og hvem som kan være kreditor. Har vedkommende ikke den nødvendige personelle kompetanse som loven krever, vil dette få betydning i to relasjoner. For løftegiver har det betydning for hvorvidt lovens regler er ufravikelige eller ikke. Hvem som kan være kreditor etter fordringen, får betydning for om finansavtalelovens regler om kausjon i det hele tatt kommer til anvendelse.

4.2 Preseptorisk i forbrukerforhold

I finansavtalelovens kapittel 1 om de alminnelige reglene, følger det av § 2 første ledd første punktum at loven er ufravikelig i forbrukerforhold. For hva som ligger i betegnelsen forbruker vises det til punkt 4.3. Det er således ikke anledning til, gjennom avtale eller på annen måte, å fravike lovens regler til ugunst for en forbruker. Heller ikke kan loven settes til side ved anvendelse av fremmed rett, jfr. § 2 trede ledd.

Avtaler som strider med lovens preseptoriske bestemmelser er å anse som ugyldige, slik at lovens krav legges til grunn uanhengig av hva partene må ha avtalt. Avtaler som taler til forbrukers gunst er det derimot opp til partene å selv bestemme.

Annet ledd første punktum slår fast at loven er deklarasjon overfor de som ikke er forbrukere. Fravikelse kan skje ved avtale, så vel som gjennom praksis eller sedvane etablert mellom partene. Utgangspunktet for næringskausjonister er således at lovens bestemmelser kan avtales bort i fra.

Et unntak fra dette fremkommer i § 2 annet ledd annet og tredje punktum, som begrenser avtalefriheten for næringskausjonister i visse sammenhenger. Av betydning for denne avhandlingen er finansavtaleloven § 61 om kausjonsavtalens form og innhold, jfr. første ledd første punktum om skriftlighet og beløpsmaksimering, og annet ledd første punktum om de opplysninger avtalen skriftlig skal inneholde. Disse reglene er preseptorisk også utenfor forbrukerforhold. Jeg finner det ikke hensiktsmessig å gå inn på de øvrige unntaksbestemmelsene loven oppstiller, da de ikke har relevans for avhandlings tema.

Bakgrunnen for lovbestemmelsen er først og fremst å beskytte forbrukeren som er den svake part. Det er normalt institusjonen som besitter størst kunnskap og ressurser, i tillegg til at det er denne som utformer kausjonsdokumentet.¹⁷ Det er praksis for at kausjonsforpliktelsen blir stiftet gjennom standarddokumenter som er utarbeidet gjennom bankens formular. At loven er preseptorisk i forbrukerforhold vil gi kausjonisten en styrket rettstilling, samt å unngå urimelige konsekvenser av en kausjonsavtale.¹⁸ I de tilfellene der næringskausjonister inngår kausjonsavtale, gjør de samme hensyn ikke i like stor grad seg gjeldende, da det er to profesjonelle parter som kontraherer. Det er derfor gitt adgang til å avtale seg bort i fra lovens regler, men de unntak som nevnt over.

Det kan allerede her nevnes at forbrukerbegrepet favner vidt, slik at reglene i stor grad er av preseptorisk karakter, selv utenfor de tilfellene man etter en naturlig forståelse vil kategorisere som næringsdrivende.

¹⁷ NOU 1994:19 s.40

¹⁸ NOU 1994:19 s.181

4.3 Betegnelsen forbruker

Forbrukerbegrepet er definert i finansavtaleloven § 57 tredje ledd, jfr. § 2 første ledd annet punktum. Betegnelsen forbruker omfatter "*fysiske personer*" som kausjonerer for en annen gjeld, og hvor formålet til kausjonen eller det pantsatte formuesgodet "*ikke hovedsakelig er knyttet til kausjonistens næringsvirksomhet*", jfr. litra a og b. Det er således en likelydens vurdering som skal foretas hva enten man står overfor en ordinær kausjon eller en realkausjon.

Det er ved lovforberedelsen antatt at det på bakgrunn av de særlige trepartskonstellasjonene som kausjonsavansvar medfører, kan være nødvendig med en egen bestemmelse som angir forbrukerbegrepet, selv om en tolkning av både § 2 første ledd annet punktum som definerer forbrukerbegrepet for finansavtaleloven i sin alminnelighet og § 57 tredje ledd vil lede til samme tolkningsresultat.¹⁹

Vilkåret om at medkontrahenten må være en "*fysisk person*", medfører en avgrensning mot juridiske personer, samt offentlige institusjoner.²⁰

Spørsmålet er så hva som ligger i de likelydene vilkårene om at kausjonistens formål med kausjonen eller det pantsatte formuesgodet "*ikke hovedsakelig er knyttet til kausjonistens næringsvirksomhet*". Tidligere inneholdt § 57 et fjerde ledd som tok for seg det nærmere innholdet av hvordan dette vilkåret skulle defineres. Ved lovendring i 2010 ble fjerde ledd opphevet. Virkningen av opphevelsen medfører at man nå må foreta en vurdering basert på tolkning med utgangspunkt i *tilknytningsforholdet* til næringsvirksomheten. Vurderingen åpner for en mer fleksibel vurdering enn det som fulgte av det tidligere fjerde ledd.²¹ Avtalens hovedsakelige formål må derfor klarlegges.²²

¹⁹ NOU 1994:19 s.175

²⁰ NOU 1994:19 s.96

²¹ Prop.65 L s.226

²² NOU 1994:19 s.96

Det er kausjonens formål for *kausjonisten* som skal vurderes. Er kausjonen stilt for kreditt knyttet til hoveddebitors næringsvirksomhet, er dette uten betydning, så lenge ikke kausjonisten har tilknytning til virksomheten.²³ Er kausjonen stilt til fordel for nærstående som er tilknyttet næringsvirksomheten, skal det ikke foretas identifikasjon mellom dem.²⁴ Siden graden av tilknytningen er det sentrale i vurderingen, er størrelsen på den næringsvirksomhet det stilles kausjon for, uten betydning. Hensynet er at både store og små næringsvirksomheter kan ha det samme beskyttelsesbehovet.²⁵ Forarbeidene i forbindelse med opphevelsen av fjerde ledd, uttaler at dersom virksomheten er organisert som et aksjeselskap i seg selv ikke kan begrunne at aksjeeierne skal stilles i en annen posisjon enn virksomhet med ubegrenset deltakeransvar. Departementet forutsetter at kausjonisten må være eier, enten direkte eller indirekte, av andel i den aktuelle næringsvirksomheten for at det skal være tale om "*kausjonistens næringsvirksomhet*". Momenter i vurderingen er om kausjonisten eier flertallet av aksjene i selskapet, eller bare en mindre aksjepost. Det kan i begge tilfelle foreligge identifikasjon. Det avgjørende må bero på de nærmere omstendighetene, uten at det kan angis en presis grense for hvor stor eierandel som skal til. Videre er det av betydning om kausjonisten har en sentral posisjon i selskapet. Har aksjeeieren sin vesentlige del av arbeids- og næringsinntekter fra aksjeselskapet, er dette et moment som trekker i retning av at kausjonisten må identifiseres med virksomheten. For øvrig kan også andre momenter spille inn.²⁶

Litra b om realkausjon ble utarbeidet for de situasjoner der formålet med å stille kausjon er knyttet til kausjonistens næringsvirksomhet, men hvor kausjonen består av pant i egen

²³ Ot.prp.nr.41 s.66

²⁴ NOU 1994:19 s.96

²⁵ NOU 1994:19 s.41

²⁶ Prop.65 L s.198

bolig eller annet formuesgode som ikke er hovedsakelig knyttet til næringsvirksomhet. Kausjonisten må i dette tilfelle regnes som forbruker.²⁷

4.4 Betegnelsen finansinstitusjon

Lovens innledningskapitel ved § 1 første ledd fastlegger at loven i sin helhet gjelder for avtaler og oppdrag om finansielle tjenester med *"finansinstitusjoner eller lignende institusjoner"*. Finansavtalelovens § 57 gir en nærmere presisering for virkeområdet for kausjonsavtaler. § 57 første ledd gjelder når en finansinstitusjon, en lignende institusjon, eller en kommune eller fylkeskommune er kreditor etter kausjonen.

Det sentrale for fastleggelsen av hvem som kan være kreditor etter kausjonen etter finansavtalelovens bestemmelser, er således hva som omfattes av *"finansinstitusjoner eller lignende institusjoner"*.

Finansinstitusjonsbegrepet etter finansieringsvirksomhetsloven²⁸ defineres som selskap, foretak eller annen institusjon som driver finansieringsvirksomhet, jfr. § 1-3. Dette innebærer å yte, formidle eller stille garanti for kreditt eller på annen måte medvirke ved finansiering, jfr. § 1-2. Betegnelsen *"finansinstitusjon"* etter finansavtaleloven skal forstås på samme måte.²⁹

For de institusjoner som regnes som *"lignende institusjoner"*, har finansavtaleloven § 2 en oppregning av de som faller inn under denne betegnelsen.

²⁷ Ot.prp.nr.41 s.66

²⁸ Lov om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner 10.juni 1988 nr.40

²⁹ NOU 1994:19 s.94

I denne avhandlingen er det for enkelthets skyld henvist til ”institusjonen” som en fellesbetegnelse for de finansinstitusjoner og lignende institusjoner som loven omfatter.

4.5 Skriftlighet

Finansavtaleloven oppstiller krav til skriftlighet i to henseender. For det første er institusjonen pålagt å gi de opplysninger som følger av § 59, samt frarådning etter § 60, i skriftlig form. For det andre stilles det krav til skriftlighet for selve kausjonsavtalen.

Det første skriftlighetskravet gjelder for opplysnings- og frarådningspliktene, jfr. §§ 59 og 60. Ønsker institusjonen å meddele kausjonisten dette muntlig, må det i så fall skje i tillegg til, og ikke i stedet for, den skriftlige meddelelsen. Pliktene gjelder overfor forbrukerkausjonister.

Tidspunktet for når de skriftlige opplysnings- og frarådningspliktene foreligger, er ikke nærmere regulert i loven. Bestemmelsene viser kun til at dette må skje ”før” kausjonsavtale inngås. I forarbeidene uttaler departementet: ”Det er ønskelig at opplysningene gis på et så tidlig tidspunkt at kausjonisten får mulighet til å vurdere dem grundig før vedkommende bestemmer seg for om et kausjonsløfte skal avgis. På den annen side bør loven ikke hindre en rask saksbehandling der kausjonisten, før han eller hun kommer i kontakt med institusjonen, både kjenner de faktiske forhold rundt låntakers økonomi og risikoen ved å kausjonere.” På bakgrunn av denne avveining mellom de kryssende hensyn, har lovgiver valgt å gi kausjonisten den betenkningstid kausjonisten måtte trenge i det enkelte tilfelle. Det er på denne bakgrunn funnet hensiktsmessig å kun oppstille krav om at vedkommende skriftlige opplysninger må foreligge ”før” avtalen inngås.³⁰

³⁰ Ot.prp.nr.41 s.69

For det andre gjelder det et skriftlighetskrav til innholdet av selve kausjonsavtalen.

Utgangspunktet i norsk rett er at muntlige avtaler er like bindende som skriftlige avtaler.

Finansavtaleloven § 61 første ledd utgjør således et avvik fra denne hovedregel.³¹

Dette skriftlighetskravet gjelder også overfor næringskausjonister, jfr. § 2 annet ledd annet punktum. Skriftlighetskravet for kausjonsavtalen er absolutt, og medfører således en gyldighetsbetingelse. Kausjonsavtaler som inngås muntlig, er derfor ikke å anse som gyldige og får således ikke rettsvirkninger etter sitt innhold. Forarbeidene illustrerer dette: ”Regelen innebærer at i de tilfeller det muntlig oppnås enighet om kausjonsavtale, f eks i et møte eller i en telefonsamtale, vil kausjonisten ikke være bundet av noen kausjonsavtale før det er inngått en skriftlig avtale i samsvar med kravene i første ledd.”³²

Kausjonsavtalen skal overfor forbrukerkausjonister, inneholde opplysninger som nevnt i § 59 første ledd lita b – h, samt om tvisteløsning etter § 4, jfr. § 61 annet ledd første og annet punktum. For næringskausjonistens vedkommende, har institusjonen ingen absolutt opplysningsplikt etter § 59. Ved avtaleinngåelse skal imidlertid de opplysningene som følger av litra c, d, g og h inntas i avtalen også overfor disse, jfr. § 61 annet ledd første punktum, dvs. at de må gis kunden før vedkommende blir bundet av kausjonsavtalen.³³

De skriftlige opplysningene som institusjonen gir etter § 59, eller opplysninger av samme art, skal regnes som del av kausjonsavtalen, jfr. § 61 annet ledd tredje punktum.³⁴ Både kausjonist og institusjonen blir bundet av de opplysningene som avtalen inneholder slik den blir utarbeidet på avtaletidspunktet. Vilkår som ikke er å regne som del av kausjonsavtalen, er kun bindende dersom institusjonen kan godtgjøre at vilkåret er uttrykkelig vedtatt av kausjonisten, jfr. § 61 tredje ledd.

³¹ NOU 1994:19 s.180

³² NOU 1994:19 s.180

³³ Ot.prp.nr.41 s.116

³⁴ Ot.prp.nr.41 s.116

Kausjonisten skal få seg forelagt et eksemplar av kausjonsavtalen, jfr. fjerde ledd. Etter finansavtaleloven § 8 annet ledd kan kausjonsavtalen inngås ved hjelp av elektronisk medium, dersom medkontrahenten er næringsdrivende og ønsker dette, jfr. § 61 første ledd annet punktum. Etter § 61 fjerde ledd kan det derfor være tilstrekkelig at kausjonsavtalen gjøres kjent for næringskausjonisten på annen måte enn ved fysisk overlevering av avtaledokumentet. En forbruker må alltid inngå kausjonsforpliktelsen skriftlig i form av papirdokument. Hensynet bak regelen er, som departementet uttaler det i forarbeidene: ”...det [er] her tale om en avtale av en så særegen karakter at man bør stille særlig strenge formkrav til avtaleinngåelsen...”³⁵

³⁵ Ot.prp.nr.41 s.115 og 116

5 Opplysningsplikten etter finansavtaleloven § 59

5.1 Innledning

Etter finansavtaleloven § 59 er institusjoner pålagt omfattende opplysningsplikter overfor de som ønsker å stille sikkerhet i form av kausjon. Opplysningspliktene er knyttet til tidspunktet *før* avtale om kausjon kommer i stand. Hensynet bak lovfestingen av disse pliktene, er nettopp at medkontrahenten skal få de relevante opplysninger om kausjonsforpliktelsen, samt om hovedforholdet, slik at han kan få en reell mulighet til å sette seg inn i hva en kausjon vil innebære, før han eventuelt bestemmer seg for å forplikte seg. På denne måten sikter de lovbestemte opplysningene å motvirke at kausjon blir inngått på bakgrunn av uriktige eller mangelfulle faktiske forutsetninger.³⁶

De opplysningspliktene som § 59 oppstiller, skal institusjonen av eget tiltak skriftlig meddele kausjonisten i forkant av kausjonsinngåelsen. Bestemmelsen pålegger institusjonene således en *aktivitetsplikt*.³⁷

I hvilke tilfeller pliktene kommer inn, beror på utformingen av den enkelte bestemmelse og for øvrig på omstendighetene ved det konkrete saksforholdet. I det følgende vil de enkelte opplysningspliktene bli gjennomgått etter lovens kronologi. Deretter vil rettsvirkningene av brudd på de ulike opplysningspliktene, bli redegjort for.

³⁶ Ot.prp.nr.41 s.67

³⁷ NOU 1994:19 s.176

5.2 Den alminnelige risiko, litra a

Finansavtaleloven § 59 første ledd litra a gir kredittgiver en ubetinget plikt til å informere om den "*alminnelige risiko*" som knytter seg til det ansvaret man som kausjonist påtar seg.

Som ordlyden i bestemmelsen tilsier, er det den "*alminnelig risiko*" det skal opplyses om. Kausjonisten skal få seg forelagt de generelle risikomomentene som kausjonsansvaret innebærer. Særegne omstendigheter i hovedforholdet eller på kausjonistens side, er således forhold som faller utenfor denne opplysningsplikten. Hensikten med lovreguleringen er nettopp at kausjonisten skal bli kjent med de alminnelige konsekvensene et kausjonsansvar kan medføre, dersom kausjonen gjøres gjeldende. Herunder den omstendighet at dersom kredittaker misligholder sine gjeldsforpliktelser, må kausjonisten selv svare for gjelden overfor kreditor.³⁸

Som illustrasjon kan det vises til avgjørelsen i BKN-2004-123 der klageren ved realkausjon garanterte for datterens lån i banken. Klageren ble ikke hørt med at hans ansvar etter kausjonen ikke var bindende, da banken ikke hadde handlet i strid med den alminnelige opplysningsplikten etter § 59 første ledd litra a. Klageren hadde undertegnet realkausjonserklæringen som inneholdt "Alminnelige vilkår for realkausjon fra forbruker". I tillegg hadde klageren undertegnet på at han hadde blitt informert om de konsekvensene som kan gjøre seg gjeldene dersom datteren skulle misligholde lånet han hadde stilt realkausjon for. Undertegningen av disse dokumentene var således tilstrekkelig for at banken hadde overholdt sine plikter.

I avgjørelsen fra BKN-2009-167 var situasjonen den at klageren, som privatkausjonist, sammen med tre aksjeselskaper inngikk kausjon for et firma. Kausjonen ble inngått hos en av de andre kausjonistene og det fant heller ikke sted noe møte mellom klager og banken før undertegningen av avtalen. Opplysningsplikten var her ikke overholdt. Bankklagenemnda påpeker at kausjonen burde vært påtegnet et standardskjema og at banken burde ha hatt kontakt med klager, som eneste forbrukerkausjonist, for å avtalt et møte der banken kunne gi ham skriftlig informasjon. Det var særlig den manglende kommunikasjonen mellom klager og banken som var årsaken til at banken ikke hadde overholdt sin opplysningsplikt etter § 59 litra a (banken hadde i denne saken heller ikke overholdt opplysningspliktene etter litra c og g). Etter en totalvurdering finner

³⁸ NOU 1994:19 s.176 og Ot.prp.nr.41 s.67

nemnda at det ville virke urimelig og i strid med god forretningskikk å gjøre avtalen fullt ut gjeldende etter avtaleloven § 36.

5.3 Kausjonsansvarets omfang, litra b og c

Kausjonisten skal ha opplysninger om den gjelden det kausjonerer for, tidspunktet for kausjonens virketid og størrelsen på kausjonsansvaret.

Årsaken til at loven innfører disse begrensningene i kausjonsadgangen, er i første rekke å øke forutberegeligheten for kausjonister. Tidligere var det ikke uvanlig at kausjonsforpliktelsen oversteg den opprinnelige fordringen som kausjonen skulle sikre. Kausjonisten ble således sittende med et ansvar som var langt mer omfattende enn det han først antok da han inngikk forpliktelsen.³⁹

5.3.1 Omfaget og tidsrommet, litra b

Litra b gir institusjonen plikt til å opplyse om de kreditter kausjonen skal dekke, samt varigheten av kausjonsansvarets levetid. Den gjelden kausjonen skal omfatte må således spesifiseres til *hvilken* kreditt dette gjelder (individualiseringskrav) og *tidsrommet* for garantien. Det er kausjonsforpliktelsens lengde som skal defineres, ikke hovedkravets.⁴⁰

Forarbeidene uttrykker dette slik at kausjonisten må gis en "...reell mulighet til å sette seg inn i hva han kausjonerer for..."⁴¹ Hensynet bak er å konkretisere og avgrense kausjonistens ansvar, både for å øke kausjonistens forutberegnelighet, samt å redusere hans risiko.

³⁹ Ot.prp.nr.41 s.72

⁴⁰ Norsk Lovkommentar, note 411

⁴¹ NOU 1994:19 s.177

Før finansavtaleloven trådte i kraft, var det adgang til å inngå generalsikkerhet med kausjonisten. Generalklausulen innebar en garanti for skylderens ubestemte krets av utestående forpliktelser, typisk ved formuleringer som ”alle nåværende og fremtidlige forpliktelser”.⁴² Adgangen til å stille generalsikkerhet var imidlertid kritisert i litteraturen og gjennom rettspraksis, med den følge at slike klausuler ble gitt en innskrenkende tolkning.⁴³ Litra b avskjærer nå forbrukerkausjonistenes adgang til å inngå generalgarantier.⁴⁴

I avgjørelsen BKN-2008-5 var det inngått kausjonsavtale for ”ethvert mellomværende” med banken. Bankklagenemnda uttaler at dette er i strid med finansavtaleloven. Det blir uttalt at ”Kausjonsavtalene som B og A undertegnet, inneholdt ikke en angivelse av en utløpsdato for ansvaret, i strid med finansavtaleloven § 59 (1) pkt b).” I herværende sak hadde imidlertid ikke dette noen praktisk betydning og nemnda uttaler at ”Nemnda finner at dette ikke kan ha noen annen konsekvens i dette tilfellet enn at ansvarstiden settes til den maksimale ansvarstiden i henhold til finansavtaleloven § 67 (4).”

Finansavtaleloven § 67 fjerde ledd første og annet punktum oppstiller absolutte tidsmessige grenser for inngåtte kausjonsavaler på henholdsvis 5 og 10 år. Bestemmelsen er ikke til hinder for kausjonsansvaret forelenges ved ny avtale med kausjonisten i henhold til reglene i finansavtaleloven § 65.⁴⁵

Skal kausjonist stå inne for kun en del av skyldnerens gjeld, må det presiseres hvilken del av gjeldsforholdet kausjonisten hefter for. Dersom kausjonisten svarer for et mindre beløp enn hovedstolen, er den deklarasjoniske hovedregel i norsk rett at han hefter etter en begrenset helgaranti.⁴⁶ Dette innebærer at det garanteres for et bestemt beløp som ikke lar

⁴² Smith s.213

⁴³ Smith s.213 flg.

⁴⁴ Sætermo s.45 og NOU 1994:19 s.181

⁴⁵ NOU 1994:19 s.190

⁴⁶ Sætermo s.44

seg individualisere. Det er sikker rett at kausjonisten med dette står inne for den siste uoppfylte delen av hovedfordringen. Kausjonisten svarer da helt til det siste av fordringen er nedbetalt.⁴⁷

Ved særskilt avtale kan kausjonisten i stedet for en begrenset helgaranti, inngå en delgaranti der kausjonist står inne for en bestemt del av hovedfordringen. Kausjonisten svarer således kun for denne del. Foretas det en delbetaling, må det godtgjøres hvilken del delbetalingen skal omfatte; den sikrede del eller fordringen for øvrig. Kommer ikke dette frem på en klar måte, vil delbetaling ofte omfatte den usikrede del av fordringen.⁴⁸ Det er imidlertid mindre vanlig å avtale delgaranti.

Finansavtaleloven § 67 første ledd regulerer virkningen av at kredittkunden betaler ned på gjelden, men bestemmelsen løser ikke spørsmålet om delbetaling ved delgaranti. Bestemmelsen første ledd fastslår kun at kausjonsansvaret skal reduseres i samme omfang kausjonen omfatter slike forpliktelser.⁴⁹

5.3.2 Rekkevidden, litra c

Litra c angir *rekkevidden* av kausjonsansvaret. Kausjonisten har krav på å bli informert om hvilken ”*størrelse eller det høyeste beløp*” kausjonen skal sikret. Kausjonisten skal ikke svare for hoveddebitors fordringer utover dette beløpet, med unntak av renter og kostnader etter finansavtaleloven §§ 72 og 73. Institusjonen plikter da også å opplyse om dette ansvaret.⁵⁰

Det er intet krav om at kausjonsavtalen skal spesifisere låneavtalen eller angi saldoen for hovedfordringen. Det er det beløpet kausjonen skal sikre som må fastsettes i avtalen.

Hovedformålet med denne regelen, er at kausjonisten skal få styrket sin rettsstilling. I forarbeidene til loven uttales det: ”Kausjoner som ikke begrenser kausjonistens omfang når

⁴⁷ Smith s.342

⁴⁸ Smith s.220 og 343

⁴⁹ NOU 1994:19 s.188

⁵⁰ NOU 1994:19 s.177

det gjelder beløp eller fordringsforhold, vil kunne føre til at kausjonistens stilling ved etterfølgende avtaler mellom kreditor og hovedskyldner, blir forverret i vesentlig grad.”⁵¹

Litra c tvinger partene til å fastsette kausjonsbeløpets tak, og på denne måten vil kausjonsavtalens innhold bli veloverveid. Kausjonisten kan på denne måten belage seg på hvor stort et eventuelt ansvar vil bli.⁵² En kausjon som gjelder for et ubestemt eller ubegrenset løp, kan således ikke gjøres gjeldende.

Finansavtaleloven § 61 første ledd har en tilsvarende formulering som finansavtaleloven § 59 første ledd litra c som gjelder kausjonskravets ”*størrelse eller det høyeste beløp*” som kausjonen skal sikre, og de to bestemmelsene må således ses i sammenheng. Litra c angir det institusjonen må opplyse om i forkant av en kausjonsinngåelse, mens § 61 første ledd angir gyldighetsbetingelsen for kausjonsavtalen, dvs. de opplysninger som må fremgå av kausjonserklæringen for at den skal ansees bindende. Forarbeidene fremhever at det for kausjonisten er så sentralt å få opplysninger om kausjonens omfang, at de setter denne opplysningen som vilkår for gyldigheten av kausjonsavtalen.⁵³ Ettersom ordlyden i de to bestemmelsene er identiske på dette området, har forarbeidene til § 61 også betydning for tolkningen av innholdet i § 59 litra c.⁵⁴

Forarbeidene uttaler at de to alternativene er av materielt sett samme innhold. Det skal ved begge alternativene angis en bestemt sum penger. Forarbeidene presiserer videre at forskjellen på formuleringene, er at ”*kausjonsbeløpets størrelse*” passer best der størrelsen på hovedfordringen er kjent på kausjonstidspunktet, mens formuleringen ”*det høyeste beløp kausjonen skal sikre*” er best egnet der det gjelder fremtidig gjeld av ubestemt

⁵¹ NOU 1994:19 s.181

⁵² Rt-2007-1738

⁵³ NOU 1994:19 s.177

⁵⁴ Rt-2007-1738

størrelse eller varierende gjeld. Selv om de materielt sett er av samme innhold, har lovgiver valgt å ta med begge formuleringene for å forhindre tvil.⁵⁵

For Høyesterett var det i saken Rt-2007-1738 spørsmål om den beløpsmessige maksimeringen i § 61 første ledd var til hinder for at kausjonsansvaret ble angitt med en prosentangivelse. Til tross for at ordlyden og forarbeidene ikke åpner for en slik adgang, la Høyesterett vekt på at kausjonsansvarets størrelse allikevel kunne utledes av kausjonsavtalen. Høyesterett tolket her bestemmelsen utvidende og legger vekt på at lovens formål fortsatt er ivaretatt. Det blir i dommen presisert at forutsetningen er at ”kausjonsbeløpets størrelse lar seg beregne ut i fra det som står i kausjonsavtalen alene. Det er ikke tilstrekkelig at maksimum kan beregnes ved at man henter opplysninger fra dokumenter utenfor kausjonsavtalen. Det kan heller ikke være tilstrekkelig at kausjonisten muntlig er informert om beløpet eller på annen måte har oversikt over lånets størrelse, for eksempel på grunn av nærhet mellom låntaker og kausjonist.”⁵⁶ Formålet med bestemmelsen er således ikke til hinder for en slik utvidende tolkning, da kausjonsansvarets størrelse kunne lese ut i fra kausjonsdokumentet og kausjonsavtalen ble i nærværende sak ansett som gyldig.

Opprettelsen av litra c innførte et spesialitetsprinsipp på kausjonsrettens område. Formuleringen av dette spesialitetsprinsippet er langt på vei i samsvar med det panterettslige spesialitetsprinsipp i panteloven⁵⁷ § 1-4, som har vært gjeldende rett helt siden 1857.

I forarbeidene blir det drøftet om presiseringen av kausjonsansvarets ”*størrelse eller det høyeste beløp*” kausjonen skal sikre, også bør omfatte renter og andre kostnader i hovedforholdet. ”Departementet er enig i at dette kan føre til økt forutberegnelighet for

⁵⁵ Ot.prp.nr.41 s.74

⁵⁶ Rt-2007-1738

⁵⁷ Lov om pant 8.feb 1980 nr.2

kausjonisten i den forstand at han alltid vil kunne forholde seg til en beløpsgrense som er et tak for hans maksimale ansvar. Faren ved en slik ordning er at institusjonen vil kreve at beløpsgrensen settes kunstig høyt for å være på den sikre siden der ansvaret også skal omfatte renter og kostnader. I den grad dette blir tilfelle, vil beløpsgrensen gi begrenset veiledning i forhold til hva det sannsynlige ansvaret vil bli. Den reelle forutberegneligheten for kausjonisten kan derfor bli dårligere enn etter forslaget fra kommisjonen. På bakgrunn av dette mener departementet at kravet til angivelse av en beløpsgrense bare bør knytte seg til hovedstolen.”⁵⁸ Dette er bakgrunnen for at kausjonisten skal bli varslet om renter og kostnader etter finansavtaleloven §§ 72 og 73, siden disse kostnadene kommer i tillegg til det kausjonsansvaret som er angitt i kausjonsavtalen.

Ved mislighold fra hoveddebitors side overfor kredittgiver, kan kausjonisten etter finansavtaleloven § 72 kreves for den rente som er avtalt i hovedforholdet, dersom varsel er gitt i medhold av finansavtaleloven § 63 første ledd. Er det ikke gitt varsel, kan det kun kreves renter fra det tidspunkt kausjonisten ble kjent med misligholdet. Det er således meningen at ansvaret for renter skal være avtalt. Forsinkelsesrenter som skyldes mislighold fra kredittakers side i hovedforholdet, faller utenfor kausjonistens ansvar, jfr. § 72 annet ledd første punktum. For mislighold av kausjonsansvaret, dvs. mellom kausjonist og kreditor, fastslår annet ledd annet punktum at de alminnelige regler om forsinkelsesrenter kommer til anvendelse.⁵⁹ Er kausjonisten varslet, må han svare for rettsgebyr og inndrivelseskostnader som påløper seg ved rettslige skritt etter finansavtaleloven § 71, jfr. § 73 første ledd. Ved andre kostnader mot kredittkunden, må kausjonisten gi sitt samtykke til at kravet påløper, jfr. finansavtaleloven § 73 annet ledd. Forarbeidene bruker kostnader til juridisk bistand som eksempel på andre kostnader.⁶⁰ Samtykket kan først gis etter at kausjonisten er blitt varslet om kredittkundes mislighold. For øvrig må kausjonisten svare for kostnader ved inndriving av kausjonskravet etter alminnelige regler, jfr. § 73 tredje ledd.

⁵⁸ Ot.prp.nr.41 s.74

⁵⁹ Ot.prp.nr.41 s.72

⁶⁰ Ot.prp.nr.41 s.73

5.4 Sidesikkerhet, litra d – f

At en kausjonist skal kunne forutberegne sin rettstilling, er et viktig hensyn i kausjonsretten. Litra d – f oppstiller regler om at kausjonisten før en eventuell inngåelse av kausjonsforpliktelse, skal få opplysninger om andre sikkerheter knyttet til hovedfordringen. Sikkerhetene kan være stilt av både hoveddebitor selv eller andre tredjepersoner. Opplysningene vil gi kausjonisten anledning til å beregne omfanget av hans endelige ansvar, samt hans regressrett dersom kausjonsfordringen blir gjort gjeldende.

5.4.1 Stilt pant og garantier, eller forutsetning om dette, litra d

Kredittgiver må informere kausjonisten i de tilfellene der hovedfordringen er sikret, eller er påtenkt sikret, ved pant eller annen sikkerhet av kredittaker selv eller av tredjeperson. Vedkommende fordring blir således sikret fra flere hold.

Med "*pant*" siktes det hovedsakelig til pant som reguleres etter panteloven. Denne loven omfatter pant basert på avtale, jfr. kapittel 2 – 4, utleggspant, jfr. kapittel 5 og legalpant, jfr. kapittel 6. "*Annen sikkerhet*" omfatter for det første sikkerhet som bygger på avtale, herunder realkausjon, andre typer garantier, samt etter- og kontrakausjoner. Realkausjon er pant stilt overfor en annens fordring, i motsetning til ordinær pant som stilles av debitor selv for hans egen gjeldsforpliktelse. For realkausjon gjelder de panterettslige reglene kumulativt med finansavtalelovens regler for realkausjon, jfr. finansavtaleloven § 57 annet ledd.⁶¹ Annen sikkerhet kan i tillegg omfatte sikkerhet som bygger på annet rettsgrunnlag. Forarbeidene nevner lov eller forvaltningsvedtak som eksempel. Det er videre uten betydning for opplysningsplikten hvilken prioritet sikkerheten skal ha i forhold til kausjonen.⁶²

⁶¹ NOU 1994:19 s.175

⁶² NOU 1994:19 s.177

Det vil for kausjonisten ha stor betydning om hovedfordringen er eller tiltenkes sikret. Nettopp det forhold at hovedfordringen ikke alene hviler på kausjonistens skuldre, men at den også er sikret fra annet hold, kan gi kausjonisten anledning til å inngå forhandlinger om en byrdefordeling mellom garantistene. Dette vil komme begge garantistene til gode. For det andre vil det ha betydning for kausjonistens regresskrav.⁶³ Der kausjonisten innfrir hovedfordringen, trer han inne i kreditors krav gjennom subrogasjon, også kalt *cessio legis*, jfr. finansavtaleloven § 70 første ledd som henviser til "*alminnelige regler*".

Gjennomføringen av subrogasjon komme til uttrykk gjennom gjeldsbrevsloven § 2 annet og tredje ledd. Dette innebærer at kausjonisten i tillegg erverver de sidesikkerheter som er knyttet til hovedfordringen og blir kreditor for disse.⁶⁴ Med kunnskap om hvilke sidesikkerheter han kan forvente å tre inn i, vil dette styrke forutberegneligheten i regressomgangen. Dersom det hefter flere kausjonister for hovedfordringen, enten som samkausjonister eller uavhengige kausjonister, er disse normalt solidarisk ansvarlige for hovedfordringen, jfr. prinsippet i gjeldsbrevsloven § 39 annet punktum.⁶⁵ Kunnskap om de andre sikkerhetene vil være av tilsvarende betydning i regressomgangen.

Har kausjonisten innfridd hovedfordringen i samsvar med finansavtaleloven § 69 og hoveddebitor i ettertid innfrir den samme fordringen overfor kreditor, vil dette ikke utslette kausjonistens regressfordring overfor hoveddebitor, jfr. finansavtaleloven § 74 tredje ledd.

Stilt sikkerhet likestilles med de tilfellene der sikkerhet ennå ikke er stilt, men det foreligger en forutsetning om at sikkerhet skal stilles. Årsaken til dette er at de samme hensyn gjør seg gjeldende enten sikkerheten allerede er etablert på tidspunktet for kausjonsinngåelsen, eller det kun foreligger en forutsetning om sikkerhet i hovedforholdet.

⁶³ NOU 1994:19 s.177

⁶⁴ Bergsåker s.126 flg.

⁶⁵ Smith s.398

Det skal kun opplyses om sikkerhet for den hovedfordring som kausjonen omfatter.

Dersom hoveddebitor har andre sikrede fordringer, er dette informasjon som kausjonisten ikke kan kreve oppgitt etter litra d, selv om disse fordringene kan være av interesse for kausjonisten.

Finansavtaleloven § 66 forhindrer at sikkerhet som var stilt eller forutsatt stilt da kausjonen ble inngått, blir frigitt uten kausjonistens samtykke.⁶⁶ Det er kun anledning til å gi et slikt samtykke til en nær foranstående frigivelse og det må være tale om en bestemt angitt sikkerhet, jfr. § 66 første ledd tredje punktum.

Bestemmelsen må sammenholdes med regelen i § 59 litra d og de hensyn som gjør seg gjeldende med tanke på kausjonisten for nettopp disse tilfellene. Det er kausjonisten man her ønsker å beskytte. § 66 oppstiller unntak i visse situasjoner, jfr. første ledd annet punktum. Unntakene gjelder der det stilles annen sikkerhet som er minst like god for kausjonisten som den sikkerheten som frigis, eller frigivelsen er meget begrenset eller uten betydning. Unntakene representerer således intet avvik fra de hensyn som § 66 søker å beskytte. Forarbeidene uttaler at disse unntaksforholdene antas å ikke innebære noen økt risikoeksponering for kausjonisten.⁶⁷ For de tilfellene der det kun foreligger en forutsetning om at tredjeperson vil stille sikkerhet, kan imidlertid institusjonen ta særskilt og uttrykkelig forbehold om at en bestemt sikkerhet ikke blir stilt som forutsatt, jfr. § 66 tredje ledd annet punktum. Forbeholdet må gis ved kausjonsavtalens inngåelse. Overholder ikke kredittgiver pliktene etter § 66, går kausjonisten fri sitt ansvar etter kausjonsavtalen, jfr. annet ledd.

Etter finansavtaleloven § 62 første ledd litra a plikter institusjonen uten ugrunnet opphold å varsle kausjonisten skriftlig dersom pant eller annen sikkerhet ikke blir stilt som forutsatt da kausjonsavtalen ble inngått, eller dersom denne senere bortfaller. Denne varslingsplikten gjelder etter at kausjonsforpliktelsen er inngått.

Kravet til opplysningsplikten, er at det kun opplyses om heftelsene som sådan. Undertiden må imidlertid også verdiene bli gjort kjent for kausjonisten. Disse tilfellene er hjemlet i litra f og vil bli omtalt under i punkt. 5.4.3. Litra f gjelder pant og annen sikkerhet som skal utnyttes før kausjonsansvaret gjøres gjeldende.

⁶⁶ NOU 1994:19 s.177

⁶⁷ NOU 1994:19 s.187

Personopplysninger som er sikret ved lov, må stå tilbake for de opplysningene som institusjonen er pliktig å gi til kausjonister.⁶⁸ Institusjonens opplysningsplikt etter litra d og litra f, går således foran institusjonens lovbestemte taushetsplikt. Dersom medkontrahenten ønsker at taushetsplikten i henhold til loven likevel ikke skal kunne fravikes, kan dette avtales særskilt. Konsekvensene av denne avskjæringen, er at kredittgiver er avskåret fra å motta kausjonserklæringen.⁶⁹

5.4.2 Gjeldsforsikring, litra e

Institusjonene er etter litra e plikt til å opplyse kausjonisten om den ”*gjeldsforsikring*” som er forutsatt tegnet i hovedforholdet. Det skal også opplyses om de vilkår som stilles for gjeldsforsikringen.

Gjeldsforsikring er en form for personforsikring som dekker debtors gjeld i bank eller annen låneinstitusjon dersom debitor skulle avgå med døden eller ved uførhet. Den utbetales direkte til långiver. På den måten slipper avdødes arvinger å overta gjelden på skifte, så langt som forsikringen rekker.⁷⁰

Betydningen av denne informasjonen er at kausjonisten skal kunne bedømme forsvarligheten av å avgi et kausjonsløfte. Bakgrunnen for at kausjonisten i tillegg skal få opplyst om de vilkår gjeldsforsikringen stiller, er at det som regel vil foreligge usikkerheter om hvorvidt låntakeren faktisk vil oppnå gjeldsforsikring, grunnet de kravene til helseopplysninger som en slik forsikring fordrer.⁷¹ Forarbeidene uttaler: ”Det ligger i sakens natur at opplysningene vil være usikre. Så lenge kausjonisten etter bokstav a informeres om den alminnelige risiko som knytter seg til kausjonsansvar, bør opplysninger

⁶⁸ Norsk Lovkommentar, note 413

⁶⁹ NOU 1994:19 s.178

⁷⁰ NOU 1994:19 s.190

⁷¹ Ot.prp.nr.41 s.69

etter bokstav f etter departementets syn ikke skape urealistiske forventninger omkring sikkerhetens verdi hos kausjonisten.”⁷² Det er tilstrekkelig at kausjonisten får kopi av forsikringsbeviset og forsikringsvilkårene.⁷³ Er gjeldsforsikring tegnet under medvirkning av kredittgiver, har derimot institusjonen kontroll på om vilkårene blir overholdt.

Bestemmelsen må sees i sammenheng med finansavtaleloven § 62 som blant annet pålegger institusjonen en skriftlig opplysningsplikt overfor kausjonister dersom gjeldsforsikring ikke blir stilt som forutsatt i hovedforholdet, jfr. første ledd litra b. Tilsvarende plikter institusjonen etter annet ledd å opplyse om gjeldsforsikring som er stilt som forutsatt, men hvor det senere inntreffer forhold som gjør at dekningen under forsikringen faller bort eller blir vesentlig endret. Poenget er at dersom kausjonisten på tidspunktet for kausjonsavtaleinngåelsen blir gjort kjent med den gjeldsforsikring som forutsettes tegnet, jfr. litra e, skal få anledning til å avverge sitt tap dersom noen av tilfellene etter § 62 materialiserer seg, da disse pliktene omhandler kausjonens sikringsstadium. Forarbeidene uttaler: ”Dette gir kausjonisten anledning til å vurdere situasjonen; f eks om han skal innfri kausjonskravet ([§ 69]), kreve låntakeren for betaling ([§ 74]), forsøke å skaffe seg sikkerhet i låntakerens aktiva, eller oppta forhandlinger med andre som har stilt sikkerhet for hovedfordringen.”⁷⁴

Videre må litra e leses i samsvar med finansavtaleloven § 68 som fastslår rekkevidden av kausjonsansvaret på dekningsstadiet der det er tegnet gjeldsforsikring i hovedforholdet. Bestemmelsen fastslår at kausjonsforpliktelsen skal reduseres i samme utstrekning som om kredittkunden selv hadde foretatt nedbetaling av gjelden. Gjeldsforsikringen skal med andre ord lempe kausjonsansvaret i den utstrekningen gjeldsforsikringen dekker de utestående fordringene. Dette innebærer at regelen i finansavtaleloven § 67 første ledd gjelder tilsvarende ved utbetalingen av forsikringen direkte til långiveren.⁷⁵ Annet ledd poengterer videre at forsikringsselskapet ikke kan kreve regress mot kausjonisten for utbetaling av gjeldsforsikringen. Hvis et regresskrav ikke hadde vært avskåret i et slikt tilfelle, ville ikke gjeldsforsikringen hatt noen realitet overfor kausjonist da han uansett måtte svare for fordringen. Poenget er jo nettopp at gjeldsforsikringen kan dekke vedkommende utestående fordringer. Når forsikringstilfellet inntreffer, skal derfor gjeldsforsikringen utnyttes før kausjonsansvaret.⁷⁶

⁷² Ot.Prp.nr.41 s.70

⁷³ NOU 1994:19 s.190

⁷⁴ NOU 1994:19 s.182

⁷⁵ NOU 1994:19 s.190

⁷⁶ NOU 1994:19 s.190

5.4.3 Verdien av pant eller annen sikkerhet som utnyttes før kausjonsansvaret, litra f

Litra f oppstiller en plikt for institusjonen til å opplyse om ”*verdien*” av pant eller annen sikkerhet denne legger til grunn for kredittforholdet, og hvor disse skal utnyttes før kausjonsansvaret.

Forarbeidene begrunner regelen med at ”institusjonen vil ha bred erfaring med hensyn til å vurdere godheten av de pant og sikkerheter som er stilt i låneforholdet. Det antas at det vil være kostnadseffektivt om institusjonen deler sin oppfatning om sikkerhetens verdi med kausjonisten.”⁷⁷

Opplysninger om sikkerhetens verdi, gjelder kun for de tilfeller der sikkerheten skal utnyttes før kausjonsansvaret. Derimot er det intet krav om at beløpet til sikkerheten opplyses der sikkerheten er likestilt i forhold til kausjonen eller bedre stilt enn denne. Her er det tilstrekkelig at det opplyses om at sikkerhet er stilt, jfr. litra d. Det er imidlertid intet forbud om at verdien i disse tilfelle blir opplyst. På denne bakgrunn kan det således ikke trekkes noen slutning mellom hvilke sikkerheter man får opplyst verdien av og hvilken prioritet disse har i forhold til kausjonen. Det kan derimot være et moment.⁷⁸

Av betydning for kausjonisten gir dette seg utslag i den regressrett han får ved innfrielse av hovedfordringen. Verdien av de andre sikkerheter fordringen er sikret ved, får betydning ved beregningen av omfanget av det tap kausjonisten må svare for.⁷⁹ Kausjonisten kan på bakgrunn av de opplysningene han har fått seg forelagt, kunne bedømme den faktiske

⁷⁷ NOU 1994:19 s.177

⁷⁸ NOU 1994:19 s.178

⁷⁹ NOU 1994:19 s.177

risiko som knytter seg til sitt eget kausjonsansvar.⁸⁰ På samme måte som det for kausjonisten kan være greit å få klarlagt hva utkommet av sikkerhetene vil gi, er det også av betydning for kredittgiver å opplyse om hvilken verdi den legger til grunn. Det foreligger således en fellesinteresse.⁸¹

I tillegg forutsetter forarbeidene at den *prioritet* sikkerheten har, skal gjøres kjent for kausjonisten i forbindelse med verdivurderingen. Det følger av finansavtaleloven § 71 tredje ledd at kausjonsfordringen først kan kreves når det har gått tre måneder etter at institusjonen har begjært tvangsdekning etter tvangsfullbyrdsloven⁸² i kredittakers pantsikrede formuesgode.⁸³ Institusjonen må således søke sin fordring dekket gjennom skyldnerens pantsikkerhet, før den kan gå på kausjonisten. Dersom institusjonen anser det usikkert om pantet vil ha noen verdi, må den opplyse om dette.⁸⁴

Verdivurderingen foretas på tidspunktet for inngåelse av kredittavtalen. Ettersom verdien kan svinge er det således av betydning å klarlegge tidspunktet for verdivurderingen.⁸⁵

Hva gjelder forholdet til de lovbestemte taushetsplikter vises det til redegjørelsen i avhandlingens punkt 5.4.1 der litra d og litra f behandles felles på dette området.

⁸⁰ Sætermo s.45

⁸¹ NOU 1994:19 s.177

⁸² Lov om tvangsfullbyrdelse 26.juni 1992 nr.86

⁸³ NOU 1994:19 s.177

⁸⁴ NOU 1994:19 s.179

⁸⁵ Norsk Lovekommentar, note 416

5.5 Eldre gjeld, litra g

I samsvar med litra g skal institusjonen opplyse kausjonisten om hans kausjonsforpliktelse omfatter hoveddebitors "*eldre gjeld*". I de tilfellene der den eldre gjelden er misligholdt, skal kausjonisten særskilt få denne opplysningen. Det er kun de mislighold som vedrører kausjonistens risiko, som kausjonisten kan forvente å få. Betalingsforsinkelser av kortvarige, sporadiske karakter som ikke indikerer svik i betalingsevne eller betalingsvilje fra kredittkundens side, faller således utenfor opplysningsplikten.⁸⁶

Bakgrunnen for bestemmelsen er at garantistillelse for eldre gjeld ofte medfører at kausjonisten overtar ansvaret for det tap som allerede er inntrådt for kredittgiver.⁸⁷ Forarbeidene fremhever: "...ofte dreier [det] seg ikke først og fremst om å garantere for en fremtidig risiko, men å velte et allerede inntrådt tap for långiver over på kausjonisten." Det er således av stor betydning for kausjonisten at han får klar beskjed dersom hans ansvar skal omfatte eldre gjeld. Forarbeidene betegner risikoen for at kausjonsansvaret kan bli gjort gjeldende, som markant.⁸⁸

Betegnelsen "*eldre gjeld*" omfatter også de tilfellene der det formelt sett blir gitt et nytt lån som skal avløse et eldre lån, dette være seg i samme eller i en ny institusjon. Den nye institusjonen må dog ha kunnskap om at den nye avtalen skal avløse eldre kreditt. Betegnelsen "*eldre gjeld*" i lovens forstand er således videre enn det man naturlig ville lagt til grunn.⁸⁹

Bankklagenemnda avgjorde i saken BKN-2002-14 spørsmålet om bankens saksbehandling har vært tilfredsstillende overfor kausjonist. Saken gjaldt kausjon for blant annet refinansiering av eldre gjeld. Selv om

⁸⁶ NOU 1994:19 s.179

⁸⁷ Sætermo s.44

⁸⁸ NOU 1994:19 s.179

⁸⁹ NOU 1994:19 s.179

refinansieringen fant sted før ikrafttreddelsen av finansavtaleloven, slikt at § 59 første litra g ikke kommer til anvendelse, valgte nemnda på bakgrunn av dens praksis å legge avgjørende vekt på bankens forsømmelse av å opplyse om debitors tidligere misligholdte gjeld pålydende kr 28.000,-. Nemnda uttaler at det er bankens plikt å informere en mulig kausjonist om forhold på debitorsiden som antas å kunne gjøre kausjonsforpliktelsen mer risikofylt enn normalt. I tillegg unnlot banken å opplyse om at kausjonsstillelsen skulle benyttes til refinansiering. Det eldre lånet som skulle refinansieres ble ikke misligholdt. Som følge av at bankens passivitet om det eldre misligholdte lånet, hensett til debitors økonomiske situasjon, samt fortelsen av at kausjonen skulle omfatte blant annet refinansiering av eldre gjeld, utgjorde vesentlige forhold som har betydning for vurderingen av risikoen knyttet til kausjonen. På denne bakgrunn finner nemnda at kausjonist ikke ville ha tegnet erklæringen om hun hadde fått informasjonen forelagt seg, og konkluderer med at kausjonisten er ubundet av kausjonsforpliktelsen.

Tilsvarende som den overnevnte avgjørelse, blir det også etter ikrafttreddelsen av litra g, lagt til grunn ved senere avgjørelser at institusjonen har en plikt til å opplyse om at det skal kausjoneres for hel eller delvis refinansiering av eldre gjeld. Opplysningsplikten gjelder uavhengig av om den eldre gjeldsforpliktelse har vært misligholdt eller ikke, jfr. BKN-2005-155.

5.6 Andre forhold, litra h

Institusjonen skal i medhold av litra h opplyse om ”*andre forhold*” som kausjonisten i samsvar med ”*redelighet og god tro*” har krav på å bli opplyst om.

Opplysningsplikten gjelder ”*andre forhold*”. Ordlyden tilsier at bestemmelsen favner vidt hensett til de omstendighetene som kan falle inn under bestemmelsens anvendelsesområde. Formuleringen ”*andre forhold*” blir nærmest som en slags sekkebestemmelse for ulike typer tilfeller. Lovens forarbeider nevner som eksempel tilfeller der det er ”...vesentlig risiko for at låneavtalen vil bli misligholdt, vesentlig mislighold av andre engasjementer låntakeren har med långiveren eller andre kredittinstitusjoner, vesentlige betalingsanmerkninger fra kredittopplysningsbyråer, at långiveren har kjennskap til at låntakeren er bedrager(jfr. Rt-1925-501), at låntakeren er insolvent eller har lidd store tap, eller at låntakeren er involvert i særlig risikofylte prosjekter som representerer en trussel mot låntakerens økonomi. Opplysningsplikten etter bokstav [h] foreligger også dersom

långiveren forstår at kausjonisten har uriktig oppfatning av de faktiske forhold. Dette vil f
eks være tilfelle dersom kausjonistens forestilling om kredittformålet er uriktig og
institusjonen må forstå dette, jfr. RG-1986-739.” Videre påpeker forarbeidene at litra h
særlig gjelder der ”...långiveren må forstå at økonomisk evne eller andre forhold på
låntakerens side tilsier at denne alvorlig bør overveie ikke å ta opp lånet.”⁹⁰ Kravene til
redelighet og god tro refererer seg således til situasjoner der institusjonen er kjent med de
forhold som vil ha betydning for kausjonistens avgjørelse i forhold til kausjonserklæringen.

Tidspunktet for denne opplysningsplikten er før kausjonsavtalen inngås. Er institusjonen på
avtaletidspunktet klar over slike andre forhold som litra h omfatter, og den skriftlig
opplyser om dette til kausjonisten etter at kausjonsavtalen er kommet i stand, men før lånet
blir utbetalt, er opplysningsplikten ikke overholdt. Kausjonisten kan på dette grunnlag si
seg fra kausjonsavtalen, fordi dette må sies å være en relevant bristende forutsetning.⁹¹
Bestemmelsen representerer en omskriving av læren om opplysningsplikt slik den har vært
forankret i avtaleloven § 33.⁹²

5.7 Kredittavtalen skal gjøres tilgjengelig for kausjonisten, § 59 annet ledd

Finansavtaleloven § 59 annet ledd pålegger kredittgiveren en plikt til å gi kausjonisten
”kopi av kredittavtalen” eller på annen måte gjøre den ”tilgjengelig for kausjonisten”.

En kausjonsforpliktelse er en aksessorisk fordring av subsidiær karakter. For at den skal
gjøres gjeldende, er den betinget av at hoveddebitor misligholder i hovedforholdet. Er
betingelsen inntrådt og kausjonsansvaret gjøres gjeldende, er hovedregelen at kausjonisten
hefter solidarisk med hoveddebitor overfor kreditor. Låneavtalen i hovedforholdet danner

⁹⁰ NOU 1994:19 s.179

⁹¹ NOU 1994:19 s.179

⁹² Sætermo s.45

således grunnlaget for et mulig regresskrav mot hoveddebitor. Dette er bakgrunnen for regelen om at kausjonist skal få kopi av kredittavtalen.

Tidspunktet for at kopien av kredittavtalen skal gis kausjonist, eller bli gjort tilgjengelig for ham, er "*så snart som mulig*". Bestemmelsen er utferdiget på denne måten, da kredittavtalen ofte inngås samtidig, eller senere enn, kausjonsinngåelsen. Det kan på denne bakgrunn ikke stilles krav til at kredittavtalen skal gjøres kjent for kausjonisten før kausjonsinngåelsen. Det avgjørende for tidspunktet, må således sees i forhold til når kredittavtalen inngås. Finner kredittavtaleinngåelsen sted etter kausjonsinngåelsen, må kopi av kredittavtalen oversendes så snart denne er undertegnet. Skjer kausjonsforpliktelsen på et senere tidspunkt enn kredittavtalen, er kravet oppfylt dersom institusjonen overleverer kopi av kredittavtalen samtidig med at kausjonisten får den øvrige informasjonene etter første ledd.⁹³

At avtalen gjøres "*tilgjengelig*", er ikke til hinder for at avtalen gjøres tilgjengelig gjennom elektronisk medium.⁹⁴ Finansavtaleloven § 8 første ledd åpner for at "*opplysninger eller meldinger*" gis på denne måten, også overfor forbrukere.

5.8 Rettsvirkningene av brudd på opplysningsplikten i § 59

5.8.1 Innledning

De overnevnte opplysningspliktene som følger av finansavtaleloven § 59 første ledd er av forskjellig karakter. Opplysningene kan dels være betingelser for gyldigheten av kausjonsavtalen, dels er sanksjonene av overtredelse av mindre vidtgående karakter. Loven gir ikke selv anvisning på hvilke sanksjoner som følger av brudd på opplysningspliktene.

⁹³ NOU 1994:19 s.180

⁹⁴ Norsk Lovkommentar, note 420

Det skilles mellom opplysninger som er *gyldighetsbetingelser*, jfr. § 61 første ledd, opplysninger om *avtalevilkår*, jfr. § 61 tredje ledd og *andre opplysninger*, § 61 annet ledd.⁹⁵

5.8.2 Gyldighetsbetingelse, § 61 (1) (§ 59 (1) c)

Finansavtaleloven § 61 første ledd angir de absolutte vilkår for at en kausjonsavtale skal ansees gyldig, jfr. formuleringen "*for å være bindende*".

Det første vilkåret at kausjonsavtalen skal være inngått *skriftlig*. De opplysningene som skal bli gjort til del av kausjonsavtalen, må således inkorporeres i avtaledokumentet. Selv om det ikke er krav til skriftlig opplysningsplikt etter § 59 i næringsforhold, er det et absolutt skriftlighetskrav også utenfor forbrukertilfellene etter § 61 første ledd, jfr. § 2 annet ledd for hva avtaledokumentet skal inneholde. I forbrukerforhold må kausjonserklæringen foreligge på papirdokument, mens i næringsforhold kan dette skje gjennom elektronisk kommunikasjon.⁹⁶ Se punkt 4.5 i avhandlingen om skriftlighetskravet.

For det andre er det et vilkår for gyldigheten, at kausjonsavtalen inneholder opplysninger om kausjonsbeløpets "*størrelse eller det høyeste beløp*" kausjonen skal sikre.

Formuleringen tilsvarer formuleringen i § 59 første ledd litra c første komma. Kan man ikke ut i fra avtaledokumentet utlede kausjonens maksimalbeløp, er kausjonsavtalen ikke bindende inngått. Se avhandlingens punkt 5.3.2 for mer om dette.

Kravet om skriftlig beløpsmaksimeringen i kausjonsavtalen er preseptorisk og kan således ikke avtales bort i fra, verken ved forbrukerkausjoner eller næringskausjoner, jfr. § 2 første ledd, jfr. annet ledd annet punktum. Forarbeidene uttaler dessuten: "Kravet om at

⁹⁵ Hagstrøm, *Kausjonsretten i forandring* s.54

⁹⁶ Norsk Lovkommentar, note 427

kausjonsavtaler skal være skriftlige er ikke bare et ordenskrav, men et vilkår for at gyldig kausjonsavtale skal anses for inngått. Bestemmelsen avviker fra hovedregelen i norsk rett om at muntlige avtaler er like bindende som skriftlige avtaler.”⁹⁷

5.8.3 Avtalevilkår, litra b, c og § 61 (3)

Hovedregelen for avtalevilkår er, på tilsvarende måte, at de må påføres kausjonsavtalen for at de skal være bindende mellom de kontraherende parter, jfr. § 61 tredje ledd forutsetningsvis.

Det følger av § 61 tredje ledd et unntak fra denne hovedregel, i de tilfeller der institusjonen godtgjør at vilkåret er uttrykkelig vedtatt av kausjonisten.⁹⁸ Viggo Hagstrøm i artikkelen *Kausjonsretten i forandring* presiserer dette: ”Det må kunne slås fast at det bare er unntaksvis at et avtalevilkår som ikke kan regnes som del av kausjonsavtalen, kan være bindende”.⁹⁹ For andre avtaler med institusjoner, herunder låneavtaler (§ 47 tredje ledd) og kontoavtaler (§ 16 tredje ledd), er det kun et krav om vedtakelse, mens det for avtalevilkår i kausjonsavtaler kreves *uttrykkelig* vedtakelse. I forarbeidene begrunnes dette ut i fra kausjonens karakter i forhold til de andre avtalene.¹⁰⁰ Det er således et strengt unntakskrav som det skal mye til for å oppfylle.

Det er kun de opplysningene som følger av § 59 første ledd litra b om kausjonsavtalens omfang og litra c om renter og kostnader, som anses som avtalevilkår. ”Utover dette er det ingen av de lovpålagte opplysningene i § 59 (1) som naturlig kan karakteriseres som avtalevilkår.”¹⁰¹

⁹⁷ NOU 1994:19 s.180

⁹⁸ Hagstrøm, *Kausjonsretten i forandring* s.56

⁹⁹ Hagstrøm, *Kausjonsretten i forandring* s.57

¹⁰⁰ Ot.prp.nr.41 s.116

¹⁰¹ Hagstrøm, *Kausjonsretten i forandring* s.57

Det som er felles for opplysningene etter litra b og c, er at begge konkretiserer selve kausjonsforholdets omfang. I forarbeidene er blant annet uttrykt i forbindelse med litra c, at disse opplysningene er av ”helt sentral betydning”. Det fremgår videre at det ikke har vært forslått noen særskilte sanksjoner ved at institusjonen bryter med opplysningsplikten før kausjonsinngåelse. Forarbeidene uttaler ”Hvis institusjonen har forsømt seg på dette punkt, og undertegnelsen skjer på en slik måte at kausjonisten ikke er gitt reell mulighet til å sette seg inn i hva han kausjonerer for, vil han imidlertid på bakgrunn av alminnelige avtalerettslige prinsipper, etter omstendighetene, kunne bli hørt med at kausjonsavtalen fra hans side ikke kan anses vedtatt”.¹⁰²

5.8.4 Andre opplysninger, litra a, d, e, f, g, h og § 61 (2)

Nå står man tilbake med de opplysningene som verken er gyldighetsbetingelser eller må inkorporeres som avtalevilkår, herunder litra d, e, f, g og h. Disse opplysningene skal også innlemmes i kausjonsavtalen, jfr. § 61 annet ledd første og annet punktum, eller de gjøres til del av avtalen gjennom skriftlig forhåndsopplysning etter § 59, jfr. § 61 annet ledd tredje punktum.

Brudd på disse opplysningene er ikke sanksjonert i loven. Rettsvirkningene av brudd må derfor avgjøres etter alminnelige rettsregler.¹⁰³ Det siktes her til de alminnelige erstatningsrettlige prinsipper, samt de generelle avtalerettslige prinsipper. For sanksjon på erstatningsrettlig grunnlag, kommer de alminnelige erstatningsrettslige regler til anvendelse. Erstatning er imidlertid ikke like aktuelt i praksis.

I forarbeidene til loven ble det vurdert å stille opp egne sanksjonsregler for brudd på disse opplysningspliktene. Dette ble imidlertid forkastet og det uttales i den forbindelse: ”Det

¹⁰² NOU 1994:19 s.177

¹⁰³ Hagstrøm, *Kausjonsretten i forandring* s.57

som kan innvendes mot anvendelse av avtalelovens ugyldighetsregler, er i første rekke at disse er av generell og skjønnsmessig karakter. Men departementet ser at det vil være urimelig dersom et hvert brudd på opplysningsplikten etter utkastet uten videre skulle innebære ugyldighet for kausjonsavtalen. Det vil i alle tilfelle være behov for en helhetsvurdering. Etter departementets syn kan en slik avveining vel så gjerne skje i forhold til de generelle ugyldighetsreglene i avtaleloven, som i forhold til særlige ugyldighetsregler i utkastet her.”¹⁰⁴ Det er avtalelovens generelle ugyldighetsregler som således kommer til anvendelse for bedømmelsen av om ansvar helt eller delvis skal kunne lempes i det enkelte tilfelle, herunder avtaleloven §§ 30, 33 og 36, samt læren om bristende forutsetninger.¹⁰⁵

Direkte forbindelse med avtaleloven § 33 har både litra g og h. Litra h er ren omskrivning av opplysningsplikten slik den har vært forankret i avtaleloven § 33. Institusjonens overtredelse av disse reglene vil normalt føre til at kausjonen er ugyldig.¹⁰⁶ Grovheten av forsømmelsen må veies opp mot forhold på kausjonistens side. Det må foreligge årsakssammenheng mellom forsømmelsen og kausjonsansvaret. Hadde kausjonisten positiv kunnskap om de faktiske forhold, vil det ikke være rimelig å lempe ansvaret.¹⁰⁷ Opplysning om eldre gjeld etter litra g er ansett som en så viktig opplysning for kausjonisten, at brudd på denne plikten som regel vil føre til ugyldighet. Det skal lite til for at kausjonisten kan bli fri sitt ansvar som følge av brudd på litra g.¹⁰⁸

Overholder ikke institusjonen sin opplysningsplikt i henhold til litra d om tredjemannssikkerhet, litra e om gjeldsforsikring eller litra f om verdien av de sikkerhetsretter som skal nyttes for kausjonsansvaret, gir ikke dette noen virkninger overfor

¹⁰⁴ Ot.prp.nr.41 s.70

¹⁰⁵ Ot.prp.nr.41 s.68

¹⁰⁶ Hagstrøm, *Kausjonsretten i forandring* s.58

¹⁰⁷ NOU 1994:19 s.179

¹⁰⁸ NOU 1994:19 s.179

kausjonisten. Bakgrunnen for dette er at kausjonisten i disse tilfellene ikke har hatt en forutsetningen om at de nevnte forholdene. Uten disse forutsetningene har heller ikke forsømmelsen av å opplyse om disse, noen adekvat betydning for kausjonen. ”Kausjonisten har da ikke tegnet seg i tillitt til gitte opplysninger. En omkastning av bevisbyrden, jfr. Rt-2002-679, kan heller ikke endre denne enkle kjensgjerningen”.¹⁰⁹

Bankklagenemnda uttalte i forbindelse med litra f i avgjørelsen BKN-2007-108: ”Det fremgår av lovens forarbeider at selv om det ikke er inntatt ugyldighetsregler i lovutkastet, vil manglende oppfyllelse av opplysningsplikten kunne få konsekvenser for kausjonsavtalen etter alminnelige rettsregler. I denne saken må det legges til grunn at banken helt har unnlatt å gi opplysninger om verdien av andre sikkerhetsretter. Bankens forsømmelse vil da ikke få noen virkning for kausjonen, idet klager ikke kan ha hatt en berettiget forventning om at pantet hadde en større verdi enn det som ble utnyttet ved salget...”.¹¹⁰

I de tilfellene der institusjonen har overholdt sine opplysningsplikter etter litra d og e, men den har gitt *feil* informasjon, oppstiller loven regler for konsekvensene av dette.

Feilinformasjon om pant eller annen sikkerhet etter litra d, vil ha den konsekvens at kausjonisten kan gå helt fri sitt ansvar, jfr. finansavtaleloven § 66 tredje ledd.

Ved feilaktig informasjon om gjeldsforsikring etter litra e, har institusjonen en varslingsplikt overfor kausjonist dersom gjeldsforsikring ikke blir stilt som forutsatt, jfr. finansavtaleloven § 62 første ledd litra b. Kausjonisten kan etter denne bestemmelsen påberope seg et erstatningsansvar overfor institusjonen. Erstatningsansvar forutsetter for det første at forsikringsdekning kunne vært oppnådd. Hensynet bak reglene om at kausjonist skal bli varslet, er nettopp at ”En slik opplysning vil gi kausjonisten mulighet til å treffe tiltak med sikte på å få gjeldsforsikring tegnet som forutsatt, hvis ikke dette er utelukket pga de helsekravene som gjelder for gjeldsforsikring.”¹¹¹ For det andre forutsetter

¹⁰⁹ Hagstrøm, *Kausjonsretten i forandring* s.58

¹¹⁰ BKN-2007-108 (2007-10-10)

¹¹¹ Ot.prp.nr.41 s.116

det at kausjonen er blitt aktuell pga en begivenhet som ville utløst gjeldsforsikringen. Det vil trolig ikke kunne bli tale om å kjenne kausjonserklæringen ugyldig på dette grunnlag, da kausjonisten neppe vil bli hørt med at de feilaktige opplysningene har hatt avgjørende virkning for kausjonsløftet.¹¹²

Dersom institusjonen har gitt uriktig informasjon om verdien av pantet eller annen sikkerhet etter litra f, har loven ingen regler for dette. Uriktige opplysninger vil derfor få konsekvenser etter alminnelige regler. Det uttales i forarbeidene, at dersom institusjonen ”bevisst har opplyst om for høye verdier, og forholdet anses som svikaktig kan kausjonisten med hjemmel i avtaleloven §§ 30, 33 eller § 36 kunne kreve seg ubundet av kausjonsavtalen”. Foreligger det således en *altfor positiv vurdering av sikkerhetens verdi* og dette skyldes *uaktsomhet* fra institusjonens side, kan kausjonsansvaret settes helt eller delvis til side. Det er tidspunktet for da opplysningene ble gitt som skal legges til grunn ved forsvarlighetsvurderingen. Som moment i vurderingen uttaler forarbeidene følgende: ”Den omstendighet at institusjonen har bygget på takster av uavhengige takstmenn, vil ikke utelukke ansvar for institusjonen etter alminnelige rettsregler, men antas i alminnelighet å ville lede til det resultat at det ikke var uforsvarlig av institusjonen å legge den uavhengige vurdering til grunn.”¹¹³ Viggo Hagstrøm uttrykker i en artikkel *Kausjonsretten i forandring*: ”Ettersom det gjelder et skjønnsmessig anslag som ledd i finansinstitusjonens kredittvurdering, må terskelen imidlertid antas å være ganske høy.”¹¹⁴ Det må videre foreligge årsakssammenheng mellom den feilaktige opplysningen av verdien og det tap kausjonisten vil lide om kausjonen blir gjort gjeldende etter sitt innhold. Det kan her spørres om kausjonisten ville forpliktet seg til kausjon dersom han hadde fått de korrekte opplysningen fra institusjonen. Dersom svaret er ja, og kausjonisten likevel ville inngått forpliktelsen, er ikke forsømmelsen kausal. Det stilles krav til alminnelig sannsynlighetsovervekt. I de tilfeller der det er overveiende sannsynlig at kausjonisten var

¹¹² Hagstrøm, *Kausjonsretten i forandring* s.59

¹¹³ NOU 1994:19 s.178

¹¹⁴ Hagstrøm, *Kausjonsretten i forandring* s.59

kjent med sikkerhetens virkelige verdi, kan han selvsagt ikke bli hørt med at hans ansvar senere skal lempes.¹¹⁵ Bygger derimot institusjonens vurdering på et forsvarlig skjønn og kausjonisten blir meddelt resultatet av vurderingen, uttaler forarbeidene at institusjonen intet er å bebreide om verdiene av sikkerhetene senere skulle reduseres eller falle helt bort.¹¹⁶

Institusjonens forsømmelse av å gi opplysninger etter litra a om den alminnelige risiko, vil neppe få rettsvirkninger for kausjonsansvaret, da det forutsettes at den gjennomsnittlige kausjonist har alminnelig kunnskap om hva det vil si å forplikte seg til en kausjon. Mangler imidlertid kausjonisten innsikt i hva er kausjonsansvar innebærer, og dette ikke er synbart for institusjonen, må han selv bære risikoen for dette. Kausjonisten må selv ha en oppfordring til å søke ytterligere informasjon fra institusjonen dersom han er usikker på hva han forplikter seg til. Litra a fremstår nærmest som en ordensforskrift hvor forsømmelse av opplysninger om den alminnelige risiko derfor ikke få rettsvirkninger i seg selv. Det kan tenkes at forhold på kausjonistens side kan gi institusjonen en skjerpet opplysningsplikt om den alminnelige risiko. Uriktig informasjon i dette tilfelle, kan tenkes dersom kausjonisten villedes i forhold til den risikoen kausjonsforpliktelsen innebærer, nemlig den situasjon at han må stå til ansvar for debtors forpliktelser dersom disse misligholdes. Er institusjonen intet å bebreide, men dette skyldes kausjonistens feiloppfatning, vil dette ikke ha konsekvenser for institusjonen. Hvis institusjonen på den andre siden opptrer illojalt, kan ansvar lempes etter avtaleloven § 33 eller ulovfestede prinsipper om lojalitet. Dette er imidlertid lite praktisk.

¹¹⁵ NOU 1994:19 s.178

¹¹⁶ NOU 1994:19 s.178

5.8.5 Kausalitetskravet

For at kausjonisten skal kunne gå helt eller delvis fri sitt ansvar som følge av ugyldighet ved kausjonsavtalens inngåelse, er det et vilkår at det foreligger årsakssammenheng mellom den manglende opplysning og den kausjon som er inngått. Vile medkontrahtenten uansett ha inngått kausjonsavtalen til tross for at han var kjent med de opplysningene som kredittgiver forsømte å gi, er ikke kausalitetskravet oppfylt, og kausjonisten kan således ikke bli hørt med at hans ansvar etter kausjonsavtalen skal nedsettes eller falle bort etter dens innhold. Dette gir naturlig nok mening; ville kausjonisten ha forpliktet seg til kausjonsansvaret når han var klar over de aktuelle omstendigheter, så vil ikke forsømmelsen av å opplyse om disse kunne ha slik virkning at kausjonsforpliktelsen ikke kan gjøres gjeldende. Da har det heller ikke noen hensikt å beskytte kausjonisten.

Kravet til årsakssammenheng gjelder også der kausjonisten påberoper seg et erstatningskrav overfor institusjonen som følge av lidt økonomisk tap. Den forsømmelse som institusjonen har begått, må således være adekvat med det tap som kausjonisten lider.

Det finnes flere eksempler fra praksis der institusjoner er funnet skyldig i forsømmelse av sine plikter etter § 59 første ledd, men der det er konkludert med at kausjonisten likevel ikke kan få medhold i sin påstand om ugyldighet da det ikke foreligger tilstrekkelig årsakssammenheng. Eksempelvis kan nevnes avgjørelsene i LB-2006-55139, BKN-2005-118 og BKN-2002-101.

Kausalitetskravet er oppfylt der det foreligger overveiende sannsynlighet for at forsømmelsen har påvirket kausjonen, slik at alminnelig sannsynlighetsovervekt er tilstrekkelig.

5.8.6 Kausjonistens undersøkelsesplikt

I et hvert tilfelle der spørsmålet om institusjonen har overholdt sine opplysningsplikter etter § 59, må det foretas en helhetlig avveining mellom på den ene siden institusjonens plikter og på den andre siden hva medkontrahenten selv hadde, eller burde ha hatt, kunnskap om. Spørsmålet om overholdelse av opplysningspliktene, og eventuelt hva konsekvensene for overtredelse vil medføre, kan således ikke utelukkende sees fra institusjonens side.

Kausjonistens undersøkelsesplikt er ikke lovhjemlet, men det er likevel klart atplikten foreligger. Allerede i 1984 la Høyesterett kausjonistens undersøkelsesplikt uten videre til grunn for dens vurdering i saken, jfr. Rt-1984-28.¹¹⁷

I forarbeidene presiseres utgangspunktet om at hver av partene selv må bære risikoen for de forutsetningene de bygger på ved avtaleinngåelsen: ”Bl a må det legges vekt på hvor vesentlig opplysningene må sies å være, i hvilken grad den parten som kjenner til opplysningene er klar over motpartens villfarelse, og motpartens stilling og erfaring på området.”¹¹⁸

Som et første eksempel kan avgjørelsen LE-2009-97998 nevnes. Her fastslår lagmannsretten at man som utgangspunkt bør være varsom med å be om kausjonsstilling fra forbrukere der kreditor er kjent med at hoveddebitor har likviditetsproblemer og der den videre driften i selskapet er forbundet med risiko. Retten finner imidlertid ikke å gi kausjonisten medhold i sin anførsel om av kreditor hadde opptrådt illojalt ved kausjonsinngåelsen. Som begrunnelse legger lagmannsretten avgjørende vekt på at kausjonisten i flere år hadde vært daglig leder og styremedlem i vedkommende selskap han kausjonerte for. Det uttales: ”Han var således meget vel kjent med den økonomiske situasjonen i [selskapet] og den risiko som var forbundet med selskapets virksomhet, herunder usikkerheten knyttet til verdi og realisering av eiendommene som var overtatt fra [x].” På denne bakgrunn fant retten at kausjonisten sannsynligvis hadde bedre oversikt over de økonomiske realiteter og risikoen ved videre drift i selskapet enn kreditor.

¹¹⁷ Rt-1984-28

¹¹⁸ Ot.prp.nr.41 s.67

Bankklagenemnda påpeker at "...kausjon for et næringsengasjement normalt vil innebære større usikkerhet og risiko enn kausjon i sin alminnelighet. Det må i utgangspunktet forutsettes at kausjonisten vurderer, og eventuelt foretar egne undersøkelser om forhold som vil være av betydning for avgjørelsen av om kausjon skal stilles.", jfr. BKN-2003-107. I denne nærværende sak hadde kausjonistene anledning til å skaffe seg informasjon om låntakers svake økonomiske stilling, blant annet ved at kassakreditten var overtrukket. Kausjonisten må selv bære risikoen for at han ikke foretok den nærmere gjennomgang og vurdering som var nødvendig.

I avgjørelsen i BKN-2004-43 ble det lagt vekt på at klager var en "...erfaren forretningsmann, som har drevet egen virksomhet og har en betydelig formue." Videre hadde klager vist et engasjement for at hoveddebitor skulle få sikret sin forretningsdrift. Nemnda uttaler: "På denne bakgrunn fremstår det for Bankklagenemnda som helt usannsynlig at klager ikke skulle vite hva det innebærer å undertegne en kausjonserklæring. Selv om han på det aktuelle tidspunkt skulle være noe svekket helsemessig, kan det således ikke legges til grunn at han ikke forsto hvilken forpliktelse han påtok seg i forbindelse med låneopptaket." Nemnda legger også vekt på at ved klagers underskift bekreftet han å ha mottatt informasjon om hva en kausjonsforpliktelse innebærer, og dette utgjør således et tungtveiende moment. Undertegnelse på slike standarddokumenter blir gjennomgående tillagt stor vekt, og kan ha avgjørende betydning for utfallet av drøftelsen om informasjonsplikten er overholdt eller ikke. Bankklagenemnda uttaler videre: "Hvis klager har avgitt en slik bekreftelse i strid med de faktiske forhold, må det i så fall være hans egen risiko."

5.8.7 Bevisbyrde

Bevisbyrden for det hypotetiske hendelsesforløpet ligger til institusjonen. Dette kommer blant annet frem av Rt-2000-679 og BKN-2009-167.

6 Frarådningsplikten etter finansavtaleloven § 60

6.1 Innledning

Den særegne formen for sikkerhetsstillelse som en kausjon utgjør, nemlig at den dekker en *annens* gjeldsfordring, medfører at denne formen for sikkerhet er noe mer risikofylt enn der man svarer for egen gjeldsforpliktelse. Hvorvidt kausjonisten på kausjonstidspunktet har oversikt over egen og låntakers økonomi, kan være nokså varierende. Institusjonen som er den profesjonelle part, har den beste forutsetningen for å bedømme forventet risiko i forhold til de økonomiske realiteter hos partene, men også å analysere de samfunnsøkonomiske svingningene i rente- og markedsforhold. Det er på denne bakgrunn tillagt institusjonen å foreta de nærmere vurderinger av om en kausjonsforpliktelse er av en slik karakter at den bør fraråde den potensielle kausjonist å avstå fra å stille kausjonserklæringen.

Hovedformålet med frarådningsplikten er å motvirke urealistiske forpliktelser.¹¹⁹

Avgjørelsen i BKN-2007-105 uttrykker dette slik: ”Bankklagenemnda vil videre bemerke at formålet med frarådningsbestemmelsen i finansavtaleloven (fil) § 60 er at kausjonisten skal bli konkret frarådet på en slik måte at vedkommende gis en reell mulighet til å tenke gjennom situasjonen før kausjon eventuelt blir avgitt.”

Banklovkommisjonens flertall var ved forslaget til finansavtaleloven i mot en regulering av institusjonens underretnings- og frarådningsplikt overfor kausjonister slik den i dag fremgår av § 60, og forslaget fikk heller ikke gjennomslag av departementet ved lovforberedelsen.¹²⁰ Flertallets syn var at de behov som måtte melde

¹¹⁹ NOU 1994:19 s.54

¹²⁰ Ot.prp.nr.41 s.57

seg ved *låntakers* sviktende økonomi, i tilstrekkelig grad blir regulert av § 47 om frarådningsplikten overfor låntaker selv, og at § 59 første ledd litra h på en tilstrekkelig måte oppfyller den opplysningsplikt kausjonisten trenger ved inngåelse av en kausjonsforpliktelse.¹²¹ Departementet bygger videre på flertallets syn om at de omstendigheter som gjelder *kausjonistens* egen økonomi, på tilfredsstillende måte blir ivaretatt av opplysningsplikten om den alminnelige risiko, jfr. § 59 første ledd litra a.¹²² Stortinget tilsluttet imidlertid mindretallets syn.¹²³ Det er av spesialmotivene til mindretallet i Banklovkomisjonen man derfor finner den nærmere veiledning for både § 60 første ledd, samt regelen i § 47.¹²⁴ Annet ledd i § 60 bygger på forslaget til to av mindretallet i kommisjonen.¹²⁵

6.2 Låntakers forhold, første ledd

Bestemmelsens første ledd gjelder der institusjonen etter regelen i § 47 har, eller burde ha, frarådet låntaker fra å oppta lånet, og dermed har en plikt til å underrette kausjonisten skriftlig om dette.

Både overskriften og forarbeidene omtaler regelen i § 60 første ledd som en frarådningsplikt, men første ledd er i realiteten en underretningsplikt overfor kausjonisten. Det er derfor ikke store forskjeller mellom denne opplysningsplikten og de øvrige opplysningspliktene som § 59 første ledd oppstiller. Det må antas at underretningsplikten om at låntaker er, eller burde ha vært frarådet, også kan omfatte av litra h, da det etter omstendighetene kan stride mot redelighet og godt tro å unnlate denne informasjonen.¹²⁶

Etter § 47 er institusjonen pålagt å foreta en vurdering av låntakers økonomiske evne og andre forhold på hans side som har betydning for hans betalingsevne. Tilsier forholdene at låntaker alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp lånet eller fra å gjennomføre

¹²¹ NOU 1994:19 s.56 og Ot.prp.nr.41 s.72

¹²² Ot.prp.nr.41 s.72

¹²³ Inst.O.nr.84 (1998-99) s.21-22

¹²⁴ NOU 1994:19 s.54 flg.

¹²⁵ NOU 1994:19 s.56

¹²⁶ Ot.prp.nr.41 s.70-71 og NOU 1994:19 s.56

kredittavtalen, skal han skriftlig frarådes dette. Når slik frarådning skjer i hovedforholdet skal kausjonisten etter § 60 første ledd bli underrettet.

Om en frarådning overfor låntaker faktisk har funnet sted etter § 47, eller om institusjonen *burde* ha gjort dette, blir i begge tilfellene likestilt med hverandre, hva gjelder informasjonsplikten overfor den potensielle kausjonist etter § 60 første ledd, jfr. første ledd tredje punktum. At institusjonen uaktsomt har unnlatt å opplyse debitor i slike tilfeller, skal således ikke kausjonisten lide for.

Underretningen skal skje skriftlig. Dersom kausjonisten ønsker det, kan underretningen også skje gjennom elektronisk kommunikasjon, jfr. finansavtaleloven § 8 første ledd. Se punkt 4.5 i avhandlingen.

Underretningsplikt etter første ledd gjelder kun overfor kausjonist der låntakeren er en forbruker, jfr. § 2 første ledd. Se punkt 4.3 i avhandlingen.

Dersom en kausjonist er villig til å inngå kausjonsforpliktelsen til tross for at det foreligger en stor fare for at låntakeren ikke vil kunne innfri sine forpliktelser, uttrykker forarbeidene at det må være et "...minimumskrav at kausjonisten er fullt orientert om situasjonen før en eventuell kausjonsavtale inngås."¹²⁷ Er debtors økonomi så svak allerede på tidspunktet før låneavtalen er kommet i stand, vil normalt institusjonen ikke inngå låneforholdet overhodet. Om dette blir det uttalt: "Man kan likevel ikke se bort i fra at det i praksis kan få betydning for långiverens vurdering at det planlagte lånet er forutsatt å skulle være godt sikret, f.eks. gjennom kausjon. Man bør kunne kreve at kausjonisten gis fullstendig orientering dersom långiveren har lagt så stor vekt på kausjonen og eventuelle andre sikkerheter at låneavtalen blir inngått til tross for at det er vesentlig fare for at låntakeren ikke vil kunne oppfylle sine forpliktelser."¹²⁸

¹²⁷ Ot.prp.nr.41 s.71

¹²⁸ Ot.prp.nr.41 s.71

Innholdet i underretningsplikten overfor kausjonist er ikke angitt i § 60 første ledd, annet enn at institusjonen skal informere om det forhold at låntakeren er, eller burde ha blitt frarådet etter § 47. Hvor detaljert denne opplysningen skal være, eller hva institusjonen ikke har rett til å videreformidle av informasjon på grunn av taushetsplikt, er således ikke lovregulert. Det følger imidlertid av bankpraksis at underretningen kun innebærer en generell opplysning der lovens ordlyd i stor grad er gjengitt. Det er på denne bakgrunn ikke praksis for å gi en nærmere begrunnelse av årsaken til at hoveddebitor er blitt frarådet fra å oppta kreditten.

Som et eksempel på at institusjonen sitter inne med taushetsbelagte opplysninger som har betydning for dens underretningsplikt overfor kredittsøker, nevner forarbeidene blant annet den situasjon at institusjonen har bankforbindelse med arbeidsgiveren til låntakeren, og på denne bakgrunn sitter inne med informasjon om bedriftens likviditet. Er bedriften på randen til konkurs eller at arbeidsstokken vil bli sagt opp, er dette informasjon som på den ene siden er taushetsbelagt, og på den andre siden forhold som vil utløse frarådningsplikten etter § 47. Forarbeidene fastslår at dersom samtykke til utlevering av vedkommende opplysninger ikke gis, kan heller ikke institusjonen yte kreditten, da de taushetsbelagte opplysningene vil hindre institusjonen fra å oppfylle frarådningsplikten etter § 47.¹²⁹ Her forutsetter forarbeidene at frarådningsplikten i en viss grad er betinget av en form for begrunnelse eller utdypning for frarådningsplikten. Hadde det holdt med en helt generell frarådning uten begrunnelse, hadde ikke denne situasjonen hindret institusjonen fra å fraråde kredittsøker selv uten vedkommende samtykke. Derneft kan det spørres om samtykke til at opplysningene blir gitt, også må foreligge i forhold til kausjonisten etter § 60 første ledd. Da bankpraksis om underretningsplikten, som nevnt over, kun baserer seg på en generell uttalelse uten videre begrunnelse, kan dette i praksis ikke være problematisk. Om lovgiver her har ment at innholdet i både frarådningsplikten i § 47 og underretningsplikten i § 60 første ledd, burde vært av en mer utførlig karakter i det enkelte låneforholdet, kan etter dette resonnementet tenkes.

Tidspunktet for underrettelsen skal skje er enten før kausjonsavtalen inngås, eller på tidspunktet før lånet utbetales til debitor. For det siste alternativet, nemlig på tidspunktet *etter* at kausjonsavtalen er kommet i stand, men *før* lånet utbetales til hoveddebitor, må det antas at de samme hensyn for tidspunktet om frarådningsplikten § 47 gjør seg gjeldende. I

¹²⁹ NOU 1994:19 s.55

forbindelse med § 47 blir det i forarbeidene uttrykt: "Låntakeren bør i disse tilfeller som hovedregel ha rett til å meddele at lånet likevel ikke ønskes tatt opp".¹³⁰ På denne bakgrunn antas at formålet er at kausjonisten, på samme måte som kredittakeren, skal få anledning til å si seg fra kausjonsforpliktelsen før kreditten utbetales hoveddebitor. Blir det derimot kausjonert for eldre gjeld, er gjelden allerede stiftet og frarådning må derfor skje før kausjonsavtalen inngås.

6.3 Kausjonistens forhold, annet ledd

Annet ledd angir den egentlige frarådningsplikten.¹³¹ Institusjonen er pålagt en frarådningsplikt overfor kausjonist dersom hans økonomiske evne eller andre forhold på kausjonistens side tilsier at han alvorlig bør overveie å avstå fra å stille kausjon.

Regelen om frarådning bygger særlig på to hensyn. For det første er regelen basert på at det skal være *lojalitet* mellom institusjonen og medkontrahenten. Forarbeidene legger vekt på at institusjonen som den profesjonelle part bør gjøre den potensielle kausjonist oppmerksom på forhold på hans side som tilsier at han vil kunne få betydelige problemer om kausjonsansvaret gjøres gjeldende. Forarbeidene utelukker ikke at enkelte kausjonister, til tross for egne sviktende økonomiske forhold, likevel vil forplikte seg: "Selv om *Banklovkommissjonens* lovforslag vil bedre kausjonistens stilling på sentrale punkter, må en stadig forvente at mange private kausjonsforpliktelser også fremover vil bli undertegnet på grunnlag av personlige bånd og av ren velvillighet."¹³² Institusjonene, som den profesjonelle part, har både sakkunnskap og erfaring med å bedømme den mulige fremtidige utviklingen, og at dette bør komme medkontrahenten til gode i form av frarådning der dette er aktuelt.¹³³

¹³⁰ NOU 1994:19 s.55

¹³¹ Sætermo s.47

¹³² NOU 1994:19 s.57

¹³³ NOU 1994:19 s.54

Det andre hensynet som forarbeidene vektlegger, er hensynet til *forsvarlig forretningsdrift*. Det fremheves at den sikkerheten en kausjon skal utgjøre, faktisk bør være så god at den vil klare en eventuell forpliktelse på dekningsstadiet. Forarbeidene uttrykker at ”..långiver, på samme måte som låntakers betalingsevne må sjekkes, også skaffer seg kunnskap om verdien av den sidesikkerhet kausjon utgjør, og som er selve dens funksjon. Om långiveren under denne vurdering kommer til at sikkerheten er svak, grunnet kausjonistens økonomiske stilling, bør ikke den aktuelle kandidat uten videre godtas som kausjonist.”¹³⁴ På samme måte som frarådningsplikten etter § 47, bygger også frarådningsplikten overfor kausjonister på et preventivt formål.¹³⁵ Frarådningsplikten har til hensikt å forebygge at vedkommende kausjonist påtar seg et ansvar han ikke makter å svare for, samtidig som institusjonen skal ha en reell sikkerhet i den kausjon som stilles.

Hvorvidt institusjonen har en frarådningsplikt overfor kausjonisten, skal det i vurderingen vektlegges ”*kausjonistens økonomiske evne*”, samt ”*andre forhold*” på hans side. Den første vurderingen av ”*kausjonistens økonomiske evne*”, skal ”...forholdet mellom løpende inntekster og kausjonsbeløpet gjør det klart at vedkommende ikke vil klare eventuelle forpliktelser.”¹³⁶ I forbindelse med § 47, som legger opp til en likelydende vurdering, blir det i tillegg til lånets størrelse kontra den økonomiske evnen til å betjene lånet, vist til at renteforpliktelser, samt lånets avdragsprofil skal komme i denne vurderingen.¹³⁷ Dette gjelder også for vurderingen av § 60 annet ledd. Har kausjonisten stor gjeldsbyrde eller andre forpliktelser, må dette tas med i vurderingen. Om det for øvrig foreligger andre økonomiske forhold som kan ha betydning for hans betalingsevne, er dette også av betydning for vurderingen. I tilfeller der det foreligger tilstrekkelig nærhet mellom kausjonist og låntaker kan institusjonen legge vekt på partenes totaløkonomi.

¹³⁴ NOU 1994:19 s.57

¹³⁵ NOU 1994:19 s.54

¹³⁶ NOU 1994:19 s.57

¹³⁷ NOU 1994:19 s.55

Bankklagenemnda uttalte i saken BKN-2009-3 at banken måtte kunne vurdere partenes økonomi samlet, da den på kausjonstidspunktet hadde en forutsetning om at partene skulle gifte seg, slik at den kunne legge til grunn at begge ville bidra til det økonomiske fellesskap.

I avgjørelsen BKN-2005-133, ble det blant annet lagt vekt på klagernes høye alder og forventet fremtidig inntekt. Kausjonsstillelsen på tidspunktet for refinansieringen fremsto i tillegg som risikabelt. Til grunn for risikovurderingen legger nemnda særlig vekt på hovedfordringens korte nedbetalingstid. Banken burde på denne bakgrunn ha frarådet kausjonisten etter § 60 annet ledd.

Vurderingen av om det foreligger ”*andre forhold*” som tilsier frarådning, beror på en konkret helhetsvurdering i hvert enkelt tilfelle. Gjennom doms- og nemndspraksis kan vi se eksempler på hvilke forhold som kan være av relevans i denne sammenheng. For eksempel har det blitt lagt vekt på kausjonistens alder, om kausjonist er uføretrygdet eller pensjonist, hans helsetilstand og om den realsikkerhet i kausjonistens privatbolig vil medføre at han ved realisasjon står uten mulighet for å skaffe seg annen passende bolig.

Som illustrasjon av at kausjonistens pantsettelse av privatbolig vil være et sentralt moment i vurderingen, kan det vises til noen avgjørelser:

I BKN-2006-21 var kausjonist uføretrygdet og hadde således en beskjeden inntekt. Ved en realisasjon av kausjonsansvaret, var klagers eneste mulighet til å betjene lånet å selge sin private bolig som var stilt i realsikkerhet overfor banken. Boligen var av alminnelig standard og nemnda uttaler at det for kausjonisten vil medføre ”betydelige konsekvenser og være vanskelig å forlate sin egen bolig for å betale en annens gjeld”. Det blir påpekt at det ligger til banken å avdekke dette forholdet. Banken hadde i denne saken ikke oppfylt frarådningsplikten etter § 60 annet ledd.

I BKN-2005-155 var den bolig som var beheftet med pant gjennom realkausjon, tilpasset familiens behov som hadde et handikappet barn. Klager var ansatt i det fysikalske institutt som samboeren drev. I det tilfelle at samboerens inntekt skulle svikte, vil både klagers bolig og jobb bli utsatt. Dette forhold, kombinert med en beskjeden inntekt samt ikke ubetydelig gjeld på kausjonstidspunktet, resulterte i at banken ikke hadde overholdt sin frarådningsplikt.

I avgjørelsen BKN-2003-136 hadde banken unnlatt å vurdere klagers økonomi i forbindelse med kausjonsinnngåelsen. Til tross for bankens manglende kredittvurdering, ble ikke kausjonisten fri sitt ansvar. Klager bodde ikke i den eiendommen som var stilt til sikkerhet. Klager kunne således innfri lånet ved en

realisasjon av boligen, uten å måtte skaffe seg en erstatningsbolig, ei heller å måtte betjene gjelden med egen inntekt.

Lagmannsretten konkluderte i dommen LB-2006-66130 med at banken ikke hadde noen plikt til å fraråde kausjonisten etter § 60 annet ledd. I vurderingen legger retten vekt på lånets betydelige størrelse, at kausjonistens løpende inntekter ikke ville kunne betjene renter og avdrag på lånet og at boligeiendommen som delvis utgjorde pantsikkerhet for gjeldsfordringen, sannsynligvis ville måtte selges ved en realisasjon av kausjonen. Retten ser imidlertid ikke utelukkende på de nevnte forhold isolert, men foretar en samlet vurdering av de aktiva kausjonisten disponerer over. I denne vurderingen fremheves det at eiendommens verdi på pantsettelsestidspunktet langt oversteg lånebeløpet, slik at et eventuelt salg ikke ville avskjære kausjonist fra å skaffe seg ny akseptabel bolig. Kausjonist hadde også en fritidsbolig. Det prosjekt som kreditten skulle dekke, ble ansett for å ha en lav risiko. At kausjonisten i tillegg kjente til den generelle risiko en kausjon utgjør og de følger et kausjonsansvar kan medføre, herunder tvangssalg av eiendommen, tilsier at kausjonisten må svare for den kausjons hun har forpliktet seg til. Retten legger også til grunn at kausjonist, uavhengig av om en frarådning hadde foreligget, ikke ville avstått fra å stille kausjon.

Hva gjelder kausjonistens personlige forhold, kan avgjørelsen BKN-2004-66 tjene som eksempel.

Kausjonisten hadde diagnosen lettere mental retardasjon (70-50 IQ-poeng) og at dette måtte være synlig for banken. Av denne årsak, kombinert med at det ble kausjonert for et langsiktig lån som flere ganger var refinansiert, fant nemnda ut at banken burde ha frarådet kausjonisten. Etter en totalvurdering av de nevnte forhold fant nemnda at det ville virke urimelig å gjøre kausjonen gjeldende, og avtalen ble underkjent av avtaleloven § 36.

For at frarådningsplikten skal inntre, er det et vilkår at kausjonistens økonomiske evne og andre forhold tilsier at han *”alvorlig bør overveie”* å avstå fra å stille kausjon. Ordlyden tilsier at de opplysninger som institusjonen har seg forelagt, må være av en slik karakter at det kan få alvorlige følger for kausjonisten om han inngår kausjonsforpliktelsen. Det må således avgrenses mot de tilfeller der likviditetsforhold og andre forhold er av bagatellmessig eller forbigående art. Den konkrete bedømmelsen av hvilke forhold som kausjonisten *”alvorlig bør overveie”*, ligger til institusjonens eget skjønn å bedømme. Det må antas at lovgiver legger opp til et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt. Må det på tidspunktet for kausjonsinngåelsen antas at kausjonen på dekningsstadiet ikke vil kunne dekke den delen av hovedfordringen som kausjonen er ment å sikre, og dette fremtrer som overveiende sannsynlig, vil institusjonen således ha en frarådningsplikt overfor kausjonisten.

Lovens formulering er at institusjonen ”*må anta*” at forholdene tilsier frarådning. Det neste spørsmålet er hva som ligger i dette kravet. Etter alminnelig lovtolkning må det legges til grunn at plikten omfatter noe mer enn i de tilfellene der loven pålegger et aktsomhetskrav ved formuleringer som ”burde” eller ”bør”. Den innhentningsprosess som foretas, samt evalueringen av vedkommende opplysninger, må derfor etter en naturlig språklig forståelse inneholde krav om forsett eller grov uaktsomhet, jfr. formuleringen ”*må anta*”. Foretar institusjonen en bevisst nedprioritering i denne prosessen, eller i verste fall unnlater å foreta en evaluering, vil dette kunne kategoriseres som forsettlig eller grov uaktsom opptreden fra institusjonens side. Institusjonen må på en forsvarlig måte ta stilling til kausjonistens økonomiske evne og andre forhold, da en forsømmelse av frarådningsplikten vil gå ut over kausjonistens sentrale interesser.¹³⁸ Avtaleloven § 36 oppstiller i tillegg et krav om at institusjonen må handle i tråd med god forretningsskikk. Er det synbart for institusjonen at kausjonisten burde ha vært frarådet, vil unnlatelse etter omstendighetene kunne innebære at det vil være urimelig å gjøre kausjonen gjeldende.

Det kan jo spørres om hva det nærmere innholdet i kravet til god bankskikk innebærer. Det man i alle fall må legge til grunn, er at kravet til god bankskikk er under stadig utvikling. Særlig etter at finansavtaleloven trådte i kraft ble institusjonene pålagt både nye og mer omfattende plikter enn det som fulgte av eldre rett.

Det må antas at de veilednings- og frarådningsplikter som følger av finansavtaleloven også legger føringer for institusjonens aktsomhetsplikter også på områder som ikke er lovregulert.¹³⁹

Omfanget av hva som ligger i kravet, må således tolkes dynamisk i tråd med dagens rettsutvikling, samt avveies mot hensynet til en effektiv saksbehandling.

Hva gjelder *innholdet* i frarådnningen, følger det av bankpraksis tilsvarende som for den skriftlige underretningsplikten i § 60 første ledd, at frarådnningen er generell og innebærer i stor grad en gjengivelse av lovens ordlyd.

¹³⁸ Hagstrøm, *Obligasjonsrett* s.462-469

¹³⁹ Hagstrøm, *Kausjonsretten i forandring* s.61

Frarådningen skal skje skriftlig. Se punkt 4.5 i avhandlingen. Dersom kausjonisten ønsker det, kan frarådningen gis gjennom elektronisk kommunikasjon, jfr. § 8 første ledd.

Ved en lovendring i 2010 fikk § 60 annet ledd, tilføyd en nytt annet og tredje punktum.

Tilføyelsene innebærer for det første at det i tillegg til den skriftlige frarådningen, om mulig også skal gis muntlig. For det andre er det ved lovendringen inntatt en regel om at kausjonisten, dersom han velger å tegne seg til kausjonsforpliktelsen til tross for frarådningen, ved signatur skal bekrefte at han er kjent med at kredittgiveren skriftlig og muntlig har frarådet ham å stille kausjon.¹⁴⁰

Endringene er en konsekvens av at tilsvarende endringer ble foretatt for frarådningsplikten etter § 47 overfor kredittaker.¹⁴¹

Tidspunktet for vurderingen av kausjonistens økonomiske evne og andre forhold, er på kausjonstidspunktet. Er institusjonen på kausjonstidspunktet klar over fremtidige begivenheter i for eksempel endringer i skatteregler, rammebetingelser eller andre særreguleringer i næringslivet, skal den i tillegg ta dette med i beregningen av kausjonistens betalingsdyktighet dersom forholdene vil representere en markert risiko.¹⁴²

Etter annet ledd gjelder frarådningsplikten overfor kausjonist uavhengig av om låntaker er forbruker eller næringsdrivende. Frarådningsplikten gjelder imidlertid kun overfor forbrukerkausjonister. Se punkt 4.3 om forbrukerbegrepet. Det er derfor ingen plikt til frarådning der næringsdrivende ønsker å stille kausjon. Dette må nok begrunnes ut i fra det synspunkt at en næringskausjonist ligger nærmest til å vurdere dens egne økonomiske forutsetninger, enn det institusjonen kan forutsettes å gjøre. For næringskausjonistenes vedkommende må man derfor falle tilbake på den tidligere ulovfestede frarådningslære.¹⁴³

¹⁴⁰ Prop.65 L s.226

¹⁴¹ Prop.65 L s.226

¹⁴² NOU 1994:19 s.55

¹⁴³ Sætermo s.48

Den ulovfestede frarådningslære som fulgte av eldre rett, representerte en høyere terskel for når plikten skulle inntre enn den frarådningsplikt som finansavtaleloven nå regulerer. Utgangspunktet var at enhver selv måtte bedømme sin egen betalingsevne og at det var kausjonistens risiko om han tok feil i sin vurdering. En eventuell frarådning kom først inn der det måtte dreie seg om et *håpløst foretagende*. Kravet innebar at det måtte være åpenbart at kausjonisten ikke kunne dekke hovedfordringen dersom ansvaret ble aktuelt, jfr. Rt-1959-1048 og Rt-2003-1252. I sistnevnte rettsavgjørelse ble det likevel påpekt at rettsutviklingen bar preget av et sterkere vern av forbrukerinteresser og en lojalitetstankegang som medførte en noe lavere terskel for når frarådningsplikten ville inntre. Terskelen for når frarådningsplikten skulle inntre, må imidlertid sammenholdt med finansavtalelovens regler, ansees som betydelig høyere til tross for denne rettsutviklingen. For institusjonens frarådningsplikt hadde også avtaleloven § 33 betydning. Satt institusjonen inne med opplysninger som det ville stride mot *”redelighet og god tro”* å fortiet om, kunne kausjonisten i medhold av § 33 gå fri sitt ansvar.

Til tross for at institusjonen velger å fraråde kausjonisten fra å stille sikkerhet i hovedforholdet, er det likevel opp til kausjonisten om han vil følge institusjonens frarådning eller om han vil tegne seg til kausjonen. Frarådningsplikten etter § 60 annet ledd er således ingen reglen som avskjærer kausjonisten fra å stille kausjon; den gir kun en oppfordring.

Forarbeidene til § 47 uttaler i denne forbindelse at selv om frarådnningen ikke representerer et forbud mot å forplikte seg, behøver dette i seg selv ikke å være betenkelig. Som eksempel nevnes en fars velvillighet til å stille kausjon for sønnens lån, til tross for at han er klar over den store risikoen for at det er han som til syvende og sist må stå til ansvar.¹⁴⁴

6.4 Rettsvirkningene av brudd på frarådningsplikten i § 60

6.4.1 Innledning

Finansavtaleloven § 60 bygger på at institusjonens plikter overfor kausjonisten skal være personuavhengige. Om institusjonen således har handlet i henhold til de plikter den er pålagt, er derfor et anliggende som utelukkende bedømmes ut i fra institusjonens

¹⁴⁴ NOU 1994:19 s.54

handlemåte. Når man derimot skal bedømme spørsmålet om *virkningene av brudd* på frarådningspliktene, vil også kausjonistens egne forhold være av betydning.¹⁴⁵

Konsekvensene av brudd er her lovregulert i motsetning til overtredelse av opplysningsplikten etter § 59. Rettsvirkningene av brudd på § 60 første og annet ledd, bli begge regulert av første ledd annet punktum, jfr. annet ledd fjerde punktum, der kausjonsansvaret kan nedsettes dersom lemping finnes rimelig.

Vurderingen av om lemping i hvert enkelt tilfelle finnes "*rimelig*", forutsetter en konkret helhetsvurdering.

6.4.2 Rettsvirkningene av brudd på første ledd

Forsømmelse av underretningsplikten etter første ledd kan forekomme i de tilfellene der institusjonen for det første *unnlater* å opplyse kausjonisten om at hoveddebitor er blitt frarådet fra å oppta kreditten etter § 47, jfr. § 60 første ledd første punktum. For det andre vil mislighold forekomme der institusjonen *unnlater* å underrette kausjonisten der den *burde ha frarådet hoveddebitor* etter § 47, men ikke har gjort dette, jfr. § 60 første ledd tredje punktum. Hva enten hoveddebitor er frarådet i hovedforholdet eller ikke, blir i forhold til underretningsplikten overfor kausjonist i begge tilfellene likestilt med hverandre. Den vurdering som må legges til grunn ved spørsmålet om rettsvirkningene av brudd på unnlatt underretning overfor kausjonist, vil således være den samme uavhengig av frarådnings i hovedforholdet har eller burde ha funnet sted.

Forsømmelse av underretningsplikten kan lede til lemping av kausjonistens ansvar, jfr. § 60 første ledd annet punktum. Vurderingen av om kausjonistens ansvar skal kunne lempes, beror på hvorvidt lemping i det konkrete tilfelle finnes "*rimelig*".

Som nevnt over, legger forarbeidene til grunn at den underretningsplikten som § 60 første ledd omfatter, også

¹⁴⁵ Hagstrøm, *Obligasjonsrett* s.168-169

kan omfattes av opplysningsplikten i § 59 første ledd litra h som omhandler tilfeller der det vil stride mot ”*redelighet og god tro*” å gjøre gjeldende. Regelen representerer en omskrivning av avtaleloven § 33 som bygger på en tilsvarende rimelighetsvurdering. Ulovfestede regler om lojalitet i kontraktsforhold kommer også inne i vurderingen her.

At institusjonen *helt unnlater* å opplyse om at kredittaker er, eller burde ha vært, frarådet etter § 47, er etter omstendighetene en alvorlig overtredelse av lojalitetsplikten overfor kausjonist. Institusjonen har i disse tilfellene funnet det overveiende sannsynlig at hoveddebitor vil misligholde sin forpliktelse, og det er således en tilsvarende risiko for at kausjonisten må stå til ansvar. Lojalitetshensynet baserer seg nettopp på at kausjonisten skal kunne innrette seg i tillitt til institusjonens opptreden. Lojalitetsplikten er særlig viktig ved kausjonsstillelse, da det potensielle ansvaret kausjonisten forplikter seg til kan medføre store konsekvenser for ham om ansvaret materialiserer seg. I dette tilfelle har ikke kausjonisten fått noen mistanke overhodet om at hoveddebitors likviditet eller andre forhold kan være så svak at frarådning i hovedforholdet er eller burde ha vært foretatt. Det vil derfor neppe være naturlig å anse utelukkelsen som rimelig. Kan det således konstateres at institusjonen har opptrådt uaktsomt, vil dette trolig medføre at kausjonsforpliktelsen lempes.

Bestemmelsen åpnet for at ansvaret kan lempes helt eller delvis. Det må i denne vurderingen foretas en helhetsvurdering der også omstendighetene på kausjonistens side er av betydning. Gir usikkerhetene rundt hovedforholdet kausjonisten grunn til selv å skaffe seg kunnskap om hovedforholdet, må kausjonisten selv svare for sin egen passivitet. Dersom kausjonisten var klar over, eller burde vært klar over låntakers forhold, vil lemping av ansvaret ikke finnes rimelig, da det ikke foreligger tilstrekkelig årsakssammenheng. Se punkt 6.4.4.

Har låntakeren bevisst fremlagt uriktig informasjon om egne økonomiske forhold overfor institusjonen i forbindelse med kredittavtalen, vil lempingsmuligheten etter § 47 være

avskåret.¹⁴⁶ Tilsvarende kan heller ikke kausjonisten etter § 60 første ledd kreve lemping.

Dersom institusjonens forsømmelse etter § 47 medfører ugyldighet i hovedforholdet, er spørsmålet hvilken betydning dette har for gyldigheten av kausjonsforpliktelsen.

Utgangspunktet i kausjonsretten er at kausjonens gyldighet følger aksessorisk med hovedfordringens gyldighet. Er hovedfordringen ugyldig, vil således også kausjonsavtalen være ugyldig.¹⁴⁷

Finansavtaleloven § 65 fjerde ledd oppstiller et forbud mot vilkår som avskjærer kausjonistens adgang til å påberope seg innsigelser og motkrav i hovedforholdet. Kausjoner med slike vilkår kalles gjerne for ”påkravsgaranti” eller ”on demand guarantee”. Forbudet kommer til anvendelse både i og utenfor forbrukerforhold, men regelen er kun preseptorisk overfor forbrukerkausjonister. Dersom kausjonisten fraskriver seg retten til å gjøre gjeldende innsigelser i hovedforholdet, herunder for eksempel retten til å påberope seg ansvarsfraskrivelse på grunn av ugyldighet i hovedforholdet, vil fraskrivelsen ikke kunne opprettholdes etter denne bestemmelsen. Slike vilkår i kausjonsavtalen medfører ugyldighet når ikke annet følger av lov. De lovbestemte unntakene kan blant annet gjelde reglene i gjeldsbrevloven.¹⁴⁸

Forarbeidene eksemplifiserer ulike måter kausjonsansvaret kan reduseres på, herunder at restfordringen kan reduseres, rentene reduseres eller bortfaller, eller at nedbetalingstiden forlenges. Kombinasjoner av disse reaksjonen kan også foreligge.¹⁴⁹

Hensynet bak regelen om lemping av ansvar, er å forsøke å hjelpe kausjonisten ut av likviditetsproblemer, samt å sanksjonere og således effektivisere den forebyggende regelen.¹⁵⁰

¹⁴⁶ NOU 1994:19 s.56

¹⁴⁷ Smith s.180

¹⁴⁸ NOU 1994:19 s.184 og 186

¹⁴⁹ NOU 1994:19 s.56

¹⁵⁰ NOU 1994:19 s.56

6.4.3 Rettsvirkningene av brudd på annet ledd

Brudd på frarådningsplikten kan enten bestå av en *ren unnlatelse* av å fraråde kausjonisten, eller institusjonen kan gi en *mangelfull* frarådning. Kausjonisten får da enten ingen frarådning om de økonomiske realiteter eller andre forhold på hans side som har betydning for kausjonsstillelsen, eller så er frarådningsplikten av en slik art at den ikke er egnet til å gi kausjonisten et riktig bilde av realitetene. Spørsmålet om ansvare kan lempes er, på tilsvarende måte som etter første ledd, et spørsmål om lemping i det konkrete tilfelle finnes ”rimelig”, jfr. annet ledd fjerde punktum, jfr. første ledd annet punktum.

Da reglene om frarådningsplikt forutsetter at det foreligger omstendigheter som må antas å være overveiende sannsynlig at kausjonisten ikke vil kunne klare å betjene dersom kausjonen gjøres gjeldende, og kausjonisten ikke får en slik frarådning, må det antas at dette i seg selv kan være nok for å konstatere urimelighet. Frarådningsplikten, og de avveininger som institusjonen må foreta i forbindelse med denne plikten, kan imidlertid ikke utelukkende bedømmes ut i fra institusjonens anliggende når spørsmålet om virkningene av brudd på frarådningsplikten skal vurderes. Tilsvarende gjelder ved mangelfull frarådning. Her må det skilles mellom på den ene siden institusjonens oppfordring til å undersøke forhold i den enkelte sak, og på den andre siden den selvstendige undersøkelsesplikt som påhviler medkontrahenten, eller det kunnskapsnivået han sitter inne med.

Mangelfull underrettelse kan tenkes der institusjonen ikke på tilstrekkelig måte tydeliggjør at kausjonisten blir frarådet fra å stille kausjon. I forbindelse med frarådningsplikten etter § 47 uttaler forarbeidene at unnlatelse av å oppfylle frarådningsplikten kan forekomme der frarådningsplikten er for vag i forhold til hva forholdene tilsier.¹⁵¹ Det ligger til institusjonen å meddele at kausjonisten ”*alvorlig bør overveie*” å avstå fra å stille kausjon. Da frarådning i stor utstrekning foretas gjennom standardiserte skriv, med tillegg av den muntlige

¹⁵¹ NOU 1994:19 s.56

frarådningsplikten som så vidt mulig skal foretas, samt at kausjonistens etterfølgende undertegnelse på at han er gjort kjent med frarådningsplikten, er dette i praksis imidlertid ikke av like stor interesse å problematisere. Dersom det imidlertid foreligger en mangelfull frarådning, må det på tilsvarende måte vurderes ut i fra en konkret rimelighetsvurdering.

Utgangspunktet er at institusjonen som den profesjonelle part, er den som ligger nærmest til å vurdere forventet fremtidig utvikling på kausjonistens side. Det er ikke omtvistet at frarådningsplikten slik den følger av finansavtaleloven medfører et skjerpet krav til institusjonene enn det som fulgte av eldre rett. Samtidig må det antas at plikten ikke medfører en omfattende rådgivningsplikt i privatøkonomiske forhold.¹⁵² Lagmannsretten i dommen LE-2009-97998 uttaler: ”En eventuell frarådningsplikt må først og fremst knytte seg til forhold som institusjonen normalt har bedre forutsetninger for å vurdere enn kausjonisten, og som denne derfor kan forvente at institusjonen skal ta i betraktning.” I denne saken hadde kausjonisten i egenskap av å være daglig leder og styremedlem, en større innsikt i selskapets risiko enn det banken hadde. På denne bakgrunn hadde banken derfor ingen frarådningsplikt. Tilsvarende gjelder dersom kausjonisten kan bebreides for forsømmelsen, for eksempel fordi han legger frem uriktig informasjon i forkant av kausjonsinngåelsen.

I forbindelse med vurderingen av kausjonistens egen undersøkelsesplikt, uttaler Bankklagenemnda følgende: ”Når det gjelder spørsmålet om hvor mye ansvaret skal lempes, må det legges vekt på at klager ikke kan fritas for konsekvensene av egne valg. Hun hadde selv ansvaret for å sette seg inn i avtalen før hun undertegnet den, og påse at hun fikk tilstrekkelig tid til dette. Videre var hun på angjeldende tidspunkt samboende med låntaker, og hadde en mulighet for og en viss oppfordring til å vurdere risikoen ved prosjektet og drøfte dette med låntaker selv.”, jfr. BKN-2006-21 (avgjørelsen er også nevnt under punkt 6.3 i avhandlingen).

Et annet eksempel på at forhold på kausjonistens hånd blir tatt med i rimelighetsvurderingen, er avgjørelsen BKN-2004-71. I forbindelse med en sikkerhetsendring ved eierskifte i et restaurantskap, stilte klager realkausjon i sin bolig. Banken hadde ikke overholdt sin frarådningsplikt overfor kausjonisten. Nemnda fant det imidlertid ikke rimelig at klager skulle bli helt fri sitt ansvar. I rimelighetsvurderingen legger nemnda vekt

¹⁵² Hagstrøm, *Obligasjonsrett* s.167

på at klager hadde god oversikt over den alminnelige risiko som knytter seg til kausjonsforhold, og at han burde ha foretatt undersøkelser i forbindelse med selskapets økonomi før han inngikk forpliktelsen. Sett hen til kausjonistens inntekt og øvrige gjeldsforpliktelser, ble ansvaret redusert til det halve.”

Rimelighetsvurderingen viser til en helhetsvurdering. Det kan således være aktuelt med en partiell reaksjon slik at kausjonsansvaret reduseres til det som finnes rimelig i det konkrete tilfellet.

6.4.4 Kausalitetskravet

På tilsvarende måte som hva gjelder rettsvirkningene av brudd på opplysningspliktene etter § 59, må det også etter § 60 foreligge tilstrekkelig årsakssammenheng mellom institusjonens forsømmelse og kausjonistens kausjonsforpliktelse. Kan det konstateres at kausjonisten til tross for ulatt eller manglende underrettelse eller frarådning, likevel ville forpliktet seg til kausjonen, er ikke forsømmelsen adekvat og den misligholdsbeføyelse som loven oppstiller, får således ingen anvendelse.

6.4.5 Bevisbyrde

På tilsvarende måte som ved opplysningsplikten etter § 59, er institusjonen også etter frarådningspliktene i § 59 tillagt bevisbyrden for det hypotetiske hendelsesforløp.

Litteraturliste

I venstre kolonne er forkortelsene som det henvises til i fotnotene

Litteratur

Hagstrøm, *Obligasjonsrett* Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett* (2003)
3.opplag

Bergsåker Trygve Bergsåker, *Lærebok i pengekravsrett*
(2001) 2.Utgave

Smith Carsten Smith, *Garantikrav og garantistvern*
(1981) *Garantirett III* 2. utgave

Artikler

Sætermo Harald Sætermo, *Finansavtalelovens regler om
kausjon*.Tidsskrift for Forretningsjus (2005) s.37
(TFF-2005-37)

Hagstrøm, *Kausjonsretten i forandring* Viggo Hagstrøm, *Kausjonsretten i forandring*.
Jussens venner 2003 s. 45 (JV-2003-45)

Forarbeider

NOU 1994: 19

NOU 1994: 19 Finansavtaler og finansoppdrag,
Utredning nr. 1

Ot.prp.nr.41

Ot.prp.nr.41 (1998-1999) Om lov om
finansavtaler og finansoppdrag
(finansavtaleloven)

Prop.65 L

Prop.65 L (2009-2010) Endringer i
finansavtaleloven mv. (gjennomføring av
direktiv 2008/48/EF om kredittavtaler for
forbrukere mv.)

Annet

Saksbehandlingsregler for Finansklagenemnda www.finkn.no